

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI “FEDERICO II”

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE FILOSOFICHE

CURRICULUM DI BIOETICA

XXIX CICLO



TESI DI DOTTORATO

***Il principio di autodeterminazione* tra riflessione bioetica e
biogiuridica**

Tutor

Ch.ma Prof.ssa Emilia D'Antuono

Candidata

Dott.ssa Luisa Imperatore

ANNO ACCADEMICO 2016-2017

Indice

Introduzione

Cap I

Autorità, sovranità, cittadinanza e autonomia: processo normativo e identità individuale

Par 1.1 Autorità e normatività

Par 1.2 Sovranità e normatività

Par 1.3 Autorità, sovranità e normatività di fronte al cittadino

Par 1.4 La nascita moderna del principio di autodeterminazione

Cap II

Genealogia giuridica e culturale del principio di autodeterminazione

Par 2.1 Il principio di autodeterminazione nell'impianto giuridico costituzionale

Par 2.2 Il principio di autodeterminazione e il catalogo dei diritti costituzionali

2.2.1 L'affermazione di un principio generale di libertà o di tutela dell'autonomia privata

2.2.2 Il principio di autodeterminazione nel diritto alla salute e nel diritto alla vita: analisi e problematicità

2.3 Il consenso informato come espressione del principio di autodeterminazione

Par 2.4 La risarcibilità del principio di autodeterminazione nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Cassazione

Par 2.5 L'autodeterminazione nei soggetti con capacità d'agire limitata: la volontà del minorenne

Cap III

Il principio di autodeterminazione in una prospettiva biogiuridica

Par 3.1 L'individuazione dell'oggetto del biodiritto

Par 3.2 Metodologia e disciplina dell'oggetto del biodiritto

Par 3.3 I modelli a tendenza impositiva: Stati Uniti, Inghilterra e Italia

Par 3.4 I modelli a tendenza permissiva: Olanda, Belgio e Svizzera

Conclusione

Bibliografia

Introduzione

Questo percorso di ricerca si propone di analizzare le coordinate giuridiche e biogiuridiche del principio di autodeterminazione attraverso una ricostruzione dei principali passaggi giurisprudenziali che hanno contribuito a caratterizzare tale principio nell'ordinamento giuridico italiano. La scelta di circoscrivere il piano di analisi ad un contesto ben determinato e ad una dimensione specifica nasce dalla volontà di individuare la conformazione peculiare che tale principio tende ad assumere nella giurisprudenza italiana. Per affrontare questa ricostruzione l'analisi muove dalla determinazione di alcune categorie fondative del piano concettuale giuridico. Nel primo capitolo il principio di autodeterminazione, nella sua complessa e sfaccettata genesi storico-giuridica, incontra trasversalmente alcune delle principali categorie giuridico-politiche connesse allo sviluppo ed all'articolazione della modernità. Lo spazio dell'autodeterminazione, fin dalla sua originaria configurazione tra le pieghe ancora poco definite dell'*habeas corpus*, si interseca con la portata giuridica dell'autorità politica, ponendo in tal senso una questione di sovranità rispetto al diritto di decidere in relazione alla propria persona. Nell'itinerario evolutivo del principio di autodeterminazione esso incrocia inoltre la peculiare articolazione della categoria di cittadinanza che nella sua dinamica storico-politica definisce uno degli spazi operativi della capacità individuale di determinarsi. Nel secondo capitolo si procede ad una dettagliata analisi casistica che in un orizzonte preminentemente giurisprudenziale si concentra sull'operato della Corte Costituzionale e della Cassazione in relazione alla strutturazione del principio di

autodeterminazione nell'assetto normativo italiano. Differenti e articolate sentenze hanno contribuito a definire i margini di un modello di autodeterminazione che trova la sua fondazione giuridica all'interno del piano costituzionale in quanto tale. Nel terzo capitolo, utilizzando la prospettiva analitica proposta dal giurista Carlo Casonato, si procede alla caratterizzazione del principio di autodeterminazione in un orizzonte biogiuridico: il principio di autodeterminazione, giuridicamente fondato, risulta determinante rispetto a tematiche di particolare rilevanza bioetica. A tal proposito, la prospettiva «comparata» proposta da Casonato permette di determinare con particolare acutezza la specificità del modello di autodeterminazione emergente dall'ordinamento italiano.

Cap I

Autorità, sovranità, cittadinanza e autonomia: processo normativo e identità individuale

1.1 Autorità e normatività

Il termine autorità, dal punto di vista etimologico deriva dal latino *auctoritas*, la cui radice *auct* è la stessa del verbo *augere*, il cui significato è propriamente quello di “accrescere, ampliare, aumentare e accelerare”. L’autorità, non soltanto quella politica, consiste difatti nella capacità di dare inizio all’azione altrui e avendole dato inizio, farla crescere. Riguarda dunque una forma fondamentale di relazione umana all’interno della quale il riconoscimento stesso di una sorta di subordinazione gerarchica ne comporta l’accettazione, l’assoggettamento preventivo, in quanto proveniente da un *auctor*, ovvero una fonte avvertita come qualificata e competente. L’obbedienza all’autorità non può essere ottenuta né per via coercitiva né con argomenti persuasivi ed è in continua tensione con la libertà e il potere.

La radice indoeuropea ha dato origine a una vasta famiglia lessicale generando una serie di termini (*auxilium*, *augur*, *augurium*, *augustus*, *auctus*, *augmentum*) in particolare l’aggettivo *augustus* (moltiplicatore, creatore, venerabile, sublime) a partire dal 27 a.C. verrà usato come qualificato ufficiale dell’Imperatore fino al IV secolo d.C.

Il concetto di autorità ha dunque radici romane e designava, nel diritto quiritario, i casi in cui una volontà interveniva a difendere, assistere o

integrare un'altra volontà. Necessaria era difatti la volontà del tutore per dare efficacia agli atti del minore, un intervento qualificato come *auctoritas tutoris*.

Il significato più autentico del termine emergeva invece nel modello familiare in cui i genitori erano autori, in senso fisico tramite la generazione, in senso morale tramite l'educazione, dei propri figli, cioè di coloro che «fondano», «conservano» e «accrescono» qualcosa, custodendo in tal modo l'autorità familiare. Il concetto, chiaramente distinto da quello di *potestas* intesa come una forza materiale esterna in grado di costringere all'obbedienza i suoi destinatari, rimandava pertanto ad un'idea di autorevolezza, di prestigio morale che induceva ad obbedire spontaneamente in forza dell'età, delle capacità, o in virtù del suo rimando alla dimensione più specifica della religione e del «sacro». Una siffatta struttura del concetto di autorità si istituzionalizzò nel Senato romano, per cui i senatori, «padri della patria», approvavano le decisioni prese da altri centri di potere, le decisioni consolari o quelle delle assemblee popolari, conferendo loro un'aura di legittimità.

Il concetto di autorità, o meglio la crisi del concetto di autorità, è stato oggetto di riflessione di numerosi autori della letteratura novecentesca. Profondamente convinta della genesi romana, in particolare in senso concettuale, dell'idea di autorità è la filosofa Hannah Arendt¹. Per la Arendt l'autorità è priva di un potere effettivo perché precede il potere stesso; essa viene prima di ogni sua possibile concettualizzazione perché lo precede e lo accresce legittimandolo. Il nucleo originario dell'autorità romana risiede, nella sua ricostruzione, nel culto fideistico-sacrale dell'atto fondativo e della sua attuazione in

¹ Cfr. H. ARENDT *Cosa è l'autorità*, in *Tra passato e futuro*, Milano 1999, pp. 85-6.

un ambito prettamente politico. Scrive la Arendt che “nella persona dei senatori romani continuavano ad essere presenti i fondatori di Roma, e con lo loro era presente lo spirito della fondazione, il cominciamento, il *principium* e il principio di quelle *res gestae* che da quel momento in poi formarono la storia del popolo romano, giacché *l’auctoritas*, la cui radice etimologica è *augere*, accrescere e aumentare, dipendeva dalla vitalità dello spirito di fondazione, in virtù del quale era possibile aumentare, accrescere e ampliare le fondamenta che erano state gettate dai progenitori. L’ininterrotta continuità di questo accrescimento e l’autorità insita in esso potevano realizzarsi solo attraverso la tradizione, ossia attraverso la trasmissione, lungo una linea ininterrotta di successori, del principio stabilito all’inizio”². “Fondare per l’eternità”³, cioè tramandare oltre che creare con una “coincidenza di fondazione e conservazione per virtù dell’accrescimento”⁴, questo genera, per la Arendt, l’autorità vincolante che assicura la legge e la vita della comunità prescindendo dal rimando ad una dimensione trascendente.

Un elevare che trasforma il passato in una sorta di eternità storica, il fondamento che accresce e rende imperiture le fondamenta stesse della comunità. Quest’idea di autorità concettualmente intesa, a giudizio della Arendt, è evaporata nel dibattito politico contemporaneo determinando uno squilibrio tra *vita activa* e vita contemplativa. L’autorità ha perso di significato in virtù dell’impossibilità di universalizzare tale definizione e dell’ingabbiamento subito dal portato

² ID., *Sulla rivoluzione*, Torino 2009, p. 54.

³ ID., *Cosa è l’autorità*, in *Tra passato e futuro*, cit. p. 56.

⁴ *Ibidem*.

della tradizione moderna che ha piegato l'autorità stessa alla logica mezzo-fine e all'imperativo della violenza.

L'autorità si differenzia nettamente dalla violenza in quanto essa si esprime grazie al «riconoscimento indiscusso da parte di coloro cui si chiede di obbedire; non ci vuole né coercizione né persuasione», ma “rispetto per la persona e per la carica”⁵. L'autorità si differenzia anche di fronte al potere poiché, sebbene sia presente in entrambi il principio dell'obbedienza e entrambi implicino la libertà, solo l'autorità racchiude una realtà metastorica che manca al potere.

Se dunque la violenza può essere giustificata, ma non potrà mai essere legittima, e il potere non ha bisogno di giustificazione ma necessita di legittimazione, l'autorità, invece, deve far riferimento a una fondazione, non si serve del mezzo della violenza né coincide con il potere di agire in concreto; per questo motivo tale nozione si differenzia dall'idea più circoscritta di autorità giuridica.

La nozione di autorità, per la Arendt, nasce, come accennato, in epoca romana ed ha una declinazione propriamente politica che si estrinseca nell'incontro tra autorità, tradizione e fede nell'originario momento fondativo. La fondazione di Roma è accostata, dalla filosofa, alla sacralità del focolare, contenuto politico della religione romana, un religare che lega al passato, una sacralità civica che fa a meno del panteismo e del trascendente, e nel cui orizzonte l'autorità deriva dalla appunto dalla fondazione e non da un “fondamento ultimo e apolitico”⁶. Con l'avvento della modernità la nozione di autorità politica crolla preceduta “dal declino dell'autorità tradizionale e dall'indebolirsi delle credenze religiose istituzionalizzate; fu il declino dell'autorità

⁵ Cfr. ID., *Sulla violenza*, Parma 2001.

⁶ Cfr. S. FORTI, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Milano 2006

tradizionale e religiosa che minò all'interno anche l'autorità politica e senza dubbio ne preannunciò la rovina. Dei tre elementi che insieme, in mutuo accordo, avevano governato la vita secolare e spirituale degli uomini fin dal principio della storia romana, l'autorità politica fu l'ultima a sparire: si era sempre sostenuta sulla tradizione, non poteva essere sicura senza passato e non fu in grado di sopravvivere alla perdita della sanzione religiosa⁷. L'autorità era dunque in grado di saldare il potere alla stabilità in quanto legata alla memoria dell'originario spazio politico, cementava la comunità grazie alla rievocazione dell'istante fondatore.

La crisi del concetto di autorità, legato alla sacralità religiosa, nasce, secondo la Arendt, quando la Chiesa cristiana diventerà romana. La Chiesa che vive di una fondazione originaria, l'incarnazione del Verbo e la predicazione apostolica, crea un'istituzione in grado di diffondere un nuovo senso di appartenenza, minando in tal modo la solidità politica dell'autorità. Essa promuove una dialettica tra l'idea romana di autorità e il concetto greco di misura trascendente finendo così per indebolire entrambi i concetti. L'autorità diviene infatti sinonimo di fonte legittimante esterna e trascendente la vita della città e delle sue leggi, col risultato di rompere il delicato equilibrio tra autorità, tradizione e religione. Nella modernità dunque il concetto è entrato in una crisi drammatica e irreversibile, la cui espressione più estrema è stata l'affermarsi dei totalitarismi.

L'esperienza pluridimensionale, politica, religiosa, domestica, dell'autorità che per l'uomo antico era del tutto familiare, diviene per l'uomo moderno un'esperienza estraniante, causa questa per la Arendt

⁷ Cfr. H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, cit.

della mancata comprensione della tirannide, dell'autoritarismo e del totalitarismo, manifestazioni di questa frattura nella tradizione.

Dal punto di vista giuridico l'autorità è indagata, secondo una prima analisi, soltanto in considerazione degli effetti che essa stessa produce sui destinatari dell'atto che contiene la medesima, dunque un atto autoritario o discendente da un potere detentore dell'autorità. L'atto in questione fa sorgere obblighi prima non esistenti, creando nuova norma. Se si ritiene l'origine del diritto di natura soltanto politica, risulta vana allora una ricerca di una concezione propriamente giuridica dell'autorità. Ma anche in quest'ottica, ad una più attenta lettura, emerge che anche un diritto politico trascende le sue origini e vive di vita propria, al punto che ha senso parlare di *autorità della legge* senza chiamare in causa l'autore di essa. L'autorità giuridica si definisce sulla base degli atti che è capace di compiere⁸. La categoria generale, a cui questi atti appartengono, è quella di guidare i comportamenti dando delle ragioni alla loro attuazione. Per esserci conflitto tutte le ragioni devono essere poste sullo stesso piano (sono escluse le ragioni di secondo ordine), in tal caso prevarranno quelle che appartengono a una fonte gerarchicamente superiore, dunque non per merito o forza.

⁸ Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press 1999.

1.2 Sovranità e normatività.

Dal punto di vista giuridico per descrivere la nozione di sovranità bisogna indagare il concetto di «Stato moderno». Quest'ultimo nasce in Europa tra il XV e il XII secolo come risposta al bisogno di garantire una sicurezza sociale tramite la concentrazione della forza legittima in unico potere in contrapposizione alla dispersione del sistema feudale dove i rapporti di forza erano costituiti da una moltitudine di sistemi giuridici di tipo personale contemporaneamente esistenti. Esso “si differenzia dalle altre forme di organizzazione del potere politico per il monopolio del potere di comando legittimo, nell'ambito di un determinato territorio, nelle mani di un'unica istanza e per la presenza di un'organizzazione amministrativa in cui opera una burocrazia professionalizzata”⁹.

Il concetto di sovranità nasce con l'edificazione dello Stato moderno in quanto suo diretto presupposto. Questo tipo di organizzazione è caratterizzata difatti da “un monopolio della forza legittima in un determinato territorio”¹⁰ ed a sua volta la sovranità si esplicita in un “supremo potere di comando in un determinato territorio che non riconosce altro potere al di sopra di sé”¹¹. In altre parole la nozione di sovranità può essere definita come “una situazione efficiente di una forza materiale impegnata nel compito della costruzione e della garanzia della propria unicità e supremazia nella sfera politica”¹².

⁹ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino 2005.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

esercitata alcun tipo di sovranità all'interno di un territorio. Corollario di tale affermazione è inoltre la conseguente indipendenza dello Stato che non potrebbe vantare il monopolio della forza legittima e quindi essere sovrano, cioè detenere il massimo potere di comando su un certo territorio, qualora non fosse indipendente da altri Stati. Sono dunque intrinseci al concetto di sovranità il principio dell'esclusione e della belligeranza dell'altro da sé¹³. La sovranità ha in effetti due aspetti: uno interno che indica l'incommensurabilità dello Stato in confronto a ogni altro soggetto, ed un altro esterno per cui gli Stati si pongono come fortezze protette dal principio di non ingerenza. In quanto detentore unico della forza legittima lo stato sovrano rappresenta la fonte della produzione normativa.

Rispetto a tale problematica, uno dei maggiori teorici del processo di affermazione della sovranità è stato Thomas Hobbes, che ad una primordiale configurazione dello *stato di natura*, composto da soggetti singoli disposti a distruggersi, ha individuato un insieme di atti contrattuali con cui i soggetti decentrano la loro forza ad una persona comune, lo *Stato*. Per porre fine a una pericolosa situazione di incertezza gli uomini affidano, a parere di Hobbes, la loro sicurezza ad un unico potere, lo Stato, che ha il monopolio dell'uso della forza trasferitagli da individui isolati e terrorizzati spinti dal bisogno di uscire dallo stato di natura.

Dall'affermazione dello Stato moderno è nata la grande questione di chi fosse il detentore ultimo del potere sovrano.

La scuola giuridica tedesca e quella italiana hanno sostenuto che il vero detentore della sovranità era lo Stato come soggetto di diritto.

¹³ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *op. cit.*

Un principio che consolidava, nei Paesi di ultima unità nazionale, l'idea di un carattere *oggettivo* dello Stato. Non è un caso che, nell'interpretazione prevalente dello Statuto Albertino, il sovrano non era considerato né il popolo né il Re, bensì lo Stato stesso.

Il costituzionalismo francese, muoveva, al contrario, dall'idea che sovrana era la Nazione, da cui emanavano tutti i poteri. Al posto del Re, veniva collocata l'entità collettiva nazionale come diretta sovrana mettendo fine alla divisione della Francia in ordini e ceti sociali, parificando i singoli cittadini, eguali e unificati nello Stato nazionale.

La struttura del nostro attuale ordinamento giuridico invece si fonda sul principio della sovranità popolare. La sovranità appartiene alla volontà generale che a sua volta si identifica con la volontà del popolo sovrano cioè all'insieme dei cittadini considerati come ente collettivo. L'articolo 1, comma secondo, della carta costituyente afferma infatti che «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

Nonostante il tentativo di qualche interprete di negare valore normativo al postulato del primo articolo costituzionale, il principio della sovranità popolare è ritenuto valido in maniera maggioritaria. In realtà tale principio non è però accolto in un'ottica super democratica come quella affermata da Rousseau¹⁴ per cui “la volontà dei cittadini, costituitisi come corpo comune, si esprime in una decisione collettiva legislativa”¹⁵ ma viene esercitato da un sistema rappresentativo. In Rousseau “il concetto di volontà generale è utilizzato per risolvere la contraddizione insita nella società politica tra il soggetto pubblico fautore di decisioni, cioè il sovrano, e gli altri membri della società che

¹⁴ J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Bari 2010, p. 46.

¹⁵ *Ibidem*.

delegano a lui, in quanto garante della libertà, i propri diritti. La volontà generale deve avere cura delle problematiche generali con il fine ultimo e supremo del bene pubblico. Le leggi devono essere deliberate da tutto il popolo, difatti le decisioni legislative non devono obbligare i cittadini in maniera coercitiva, ma tutti devono solamente obbedire esclusivamente a se stessi e dipendere dal solo corpo politico. Rousseau separa “l’obbligo dalla dipendenza, per quanto l’obbligo finisce per corrispondere all’interesse individuale in quanto il cittadino, obbedendo alla legge, non obbedisce ad altro che alla sua volontà individuale”¹⁶.

Nel nostro ordinamento la sovranità popolare non è assoluta difatti il popolo è titolare delle sovranità ma può esercitarla solo nel rispetto dei limiti stabiliti dalla Costituzione, di cui è stabilita la preminenza e di cui la Corte costituzionale è chiamata a garantirne l’osservanza. La sovranità popolare è inserita in un sistema rappresentativo poiché non tutti i poteri sono affidati al popolo, ma si suddividono nelle diverse articolazioni dello Stato. Tali articolazioni devono esprimere gli orientamenti politici in esso prevalenti. Il popolo perciò dovrà essere messo in condizione di scegliere gli orientamenti politici fondamentali che gli organi costituzionali dovranno seguire, specificare e realizzare nell’esercizio delle loro funzioni, determinando in tal modo le basi dell’orientamento politico dello Stato. La sovranità popolare nel diritto costituzionale italiano significa “che il popolo può porre in essere esclusivamente, gli atti di esercizio della sovranità a lui riservati dalla Costituzione, i quali sono di due tipi: quelli che esprimono una volontà unitaria del popolo influente e talora determinante degli indirizzi politici dello Stato quali le elezioni politiche, la votazione di un

¹⁶ *Ibidem.*

referendum, etc. (questa volontà unitaria è espressa dal corpo elettorale formato da tutti i cittadini cui è riconosciuto il diritto di voto) e quegli atti attraverso cui il popolo non si esprime più in forma unitaria, bensì attraverso atti singoli e particolari, imputabili a ciascun cittadino che, in quanto membro del popolo, persegue un interesse politico nell'esercizio di alcuni diritti costituzionali, ad esempio il diritto di associarsi in partiti politici, di manifestare liberamente il proprio pensiero in materia politica, di riunirsi liberamente per finalità politiche”¹⁷.

Se dunque la sovranità, dal punto di vista interno, è attualmente esercitata, secondo l'opinione maggioritaria, dal popolo nei limiti della carta costituyente, dal punto di vista dei rapporti esterni allo Stato, l'identificazione del concetto di sovranità ha dei confini più labili. Secondo la concezione tradizionale la sovranità implicava che lo Stato esercitasse il potere di comando in uno specifico ambito spaziale in maniera indipendente da qualunque altro Stato. Questo significa che se un altro soggetto oppure un altro Stato volesse esercitare nel medesimo ambito spaziale un potere di controllo altrettanto indipendente sarebbero messe in discussione la sovranità e l'esistenza stessa dello Stato. La delimitazione dello spazio dunque è *conditio sine qua non* per garantire l'esercizio della sovranità agli Stati e l'indipendenza reciproca.

Anche se tutto ciò è certamente corrispondente alla realtà dello Stato moderno, bisogna aggiungere che l'esclusività della sovranità è stata ridefinita nel corso del tempo. Difatti tra le tendenze generali che si sono venute a realizzare nel corso del XX secolo c'è stato il superamento della totale non ingerenza nella sovranità dello Stato.

¹⁷ Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 88.

La sovranità esclusiva è stata limitata da due diversi tipi di formazioni: le organizzazioni internazionali e le organizzazioni sovranazionali. Dalla fine della Seconda guerra mondiale si è generato un sistema di limitazione della sovranità esterna degli Stati con il fine sostanziale di mantenimento della pace e salvaguardia dei diritti umani dopo il fallimento dello *Stato di potenza* realizzatosi nei sistemi totalitari.

Il procedimento è nato con la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ed è continuato con l'istituzione in Europa di organizzazioni sovranazionali. Alcune di queste sono: la Comunità economica europea, nata nel 1957, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, nata nel 1951, la Comunità europea per l'energia atomica, nata nel 1957. Queste ultime sono state unite nel 1992, tramite il Trattato di Maastricht, nella Comunità europea (CE), primo pilastro dell'Unione europea (UE), insieme agli altri due pilastri quello della politica estera e della sicurezza comuni e quello della giustizia e degli affari interni.

L'Italia e gli altri stati membri dell'Unione hanno affidato a queste organizzazioni diversi poteri appartenenti alla loro sfera di sovranità e trasferito a queste la possibilità di creare, in determinati ambiti prestabiliti dalla legislazione europea, vere e proprie norme direttamente esecutive nell'ambito territoriale degli stessi Stati. Sebbene con modalità diverse tali norme, in alcuni casi, possono prevalere sul diritto interno ed avere un efficacia diretta per i cittadini. Le stesse organizzazioni possono poi adottare, in specifici campi come quello della politica agricola e della politica monetaria, decisioni che in passato erano di unica competenza degli Stati. Con tale modalità poteri, che appartenevano e identificavano il nucleo forte della

sovranità, quali il potere normativo e il governo della moneta, sono stati trasferiti a organizzazioni sovranazionali.

Lo Stato nazionale è restato privo, delegando parti del suo potere sovrano alle organizzazioni, del governo di alcuni fattori esistenti sul territorio e permettendo inoltre che, il superamento di alcuni di questi, non dipenda minimamente dalla volontà statale in taluni casi. Tutto ciò è di particolare evidenza nella configurazione del mercato unico europeo in cui vige la libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone tra gli Stati della CE. Il singolo Stato, in base alla libera circolazione, ha perso la possibilità di bloccare all'interno del proprio territorio alcuni fattori produttivi come i capitali o di contrastare l'entrata di beni prodotti in altre Nazioni. Tra gli Stati dell'Unione Europea è nato uno spazio senza frontiere basato su un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

1.3 Autorità, sovranità e normatività di fronte al cittadino

La cittadinanza è uno *status* giuridico di portata costituzionale grazie al quale al soggetto, che gli viene riconosciuto, sono garantiti una serie di diritti e di doveri.

Si intende per *status* “una qualità giuridica attribuita a un’intera collettività o un gruppo minore dalla quale possono derivare situazioni giuridiche soggettive”¹⁸. In particolare lo *status* viene è usato per differenziare una posizione di un soggetto di diritto rispetto ad un gruppo sociale riconosciuto dall’ordinamento giuridico. Lo *status* può riguardare il diritto privato, come lo *status* di figlio o di coniuge, oppure appartenere al diritto pubblico come quello di cittadino. La cittadinanza è la condizione per poter porre in essere i diritti legati alla titolarità della sovranità popolare tra cui in particolare “i diritti politici, come l’elettorato attivo e passivo, e allo stesso modo per l’esercizio di alcuni doveri costituzionali, espressione di solidarietà che esiste tra i componenti di un unico popolo come difendere la patria, concorrere alle spese pubbliche in ragione delle proprie capacità contributive, fedeltà alla Repubblica e osservanza della Costituzione e delle leggi”¹⁹. Coloro che detengono lo *status* di cittadini designano il popolo come elemento costitutivo dello Stato insieme al territorio ed alla sovranità²⁰. I presupposti ai quali è legato lo stato di cittadinanza sono stabiliti “dalle legislazioni dei diversi popoli in virtù del fatto che ogni Stato è

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed. interamente riveduta da G. Silvestri,

indipendente dagli altri, e, quindi, in forza del potere legislativo inerente alla sua sovranità, è libero di regolare tali condizioni”²¹.

Ad ogni Nazione appartiene una sua propria legislazione che dispone i modi di acquisto della cittadinanza. La nostra Costituzione non delinea cosa debba intendersi per *status* di cittadinanza ma demanda al Parlamento la regolamentazione dell’intera materia. Il potere legislativo ha così stabilito le condizioni per l’acquisto della stessa mentre la Carta costituzionale individua solo alcuni diritti e i doveri ad essa relativi. L’art. 22 Cost. afferma difatti che “nessun cittadino può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome”.

Le regole dirette invece all’accertamento delle condizioni necessarie sono stabilite dalla legge 5 febbraio 1992 n. 91, e dal relativo regolamento di esecuzione, il d.p.r. n. 572 del 12 ottobre 1993. La legge statuisce come modalità di acquisto principale lo *ius sanguinis*, per cui “è cittadino italiano colui che nasce, anche in territorio diverso, da padre e/o madre italiani, di contro, in base allo *ius soli* è cittadino colui che nasce entro i confini del territorio dello Stato”²². Questo principio ha valenza solo nel caso in cui i genitori siano ignoti oppure quando il figlio non segua la cittadinanza di questi ultimi in base alla legislazione di un altro Stato.

Un’altra regola è quella dello *iuris communicatio*, cioè il trasferimento della cittadinanza da un membro all’altro della famiglia. Tale criterio si rifà all’unità della famiglia come principio di ordine pubblico e permette la trasmissione della cittadinanza non solo al coniuge ma

²¹ Cfr. O. SECHI, *Cittadinanza - Diritto italiano e legislazione comparata*, in *Digesto Italiano*, Torino 1987.

²² Legge n. 91/1992.

“anche ai figli minori di questi. Il minore straniero adottato da cittadino italiano acquista la cittadinanza, il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano acquista la cittadinanza italiana quando risiede legalmente da almeno sei mesi nel territorio della Repubblica, ovvero dopo tre anni dalla data del matrimonio, se non vi è stato scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se non sussiste separazione legale”²³.

Un’ulteriore modalità è quella invece che vede l’acquisto della cittadinanza per beneficio di legge. In questo caso la legislazione attribuisce la cittadinanza, se sussistono i presupposti previsti, automaticamente senza l’occorrenza di uno specifico atto statale. La legge n. 91/1992 difatti prevede che “lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data”²⁴.

Istituto diverso è invece quello della naturalizzazione per cui la cittadinanza è attribuita, laddove esista una richiesta dell’interessato, con un atto di concessione dello Stato. Tale tipo di concessione può essere attribuita : “a) allo straniero maggiorenne adottato da cittadino italiano che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivi all’adozione; b) allo straniero che ha prestato servizio, anche all’estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato”²⁵. Infine l’apolide può ottenere la cittadinanza italiana se ha prestato servizio allo Stato o nei casi di prolungata residenza nel territorio con un minimo di cinque anni di permanenza mentre lo

²³ Legge n. 91/1992.

²⁴ Legge n. 91/1992.

²⁵ Legge n. 91/1992.

straniero ha l'obbligo di risiedere legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Nazione. In tali ipotesi l'atto di concessione della cittadinanza ha la forma di decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'Interno.

Lo stesso Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno e di concerto con il Ministro degli affari esteri, può, con apposito decreto, concedere la cittadinanza allo straniero quando questi "abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato. Il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato"²⁶.

Al di là delle diverse fattispecie giuridiche la cittadinanza determina il rapporto tra l'individuo e l'ordine politico nel quale si introduce cioè si traduce nel il rapporto politico fondamentale e causa le sue principali articolazioni. La cittadinanza si può ancor meglio indicare come «la condizione giuridica di un gruppo di persone appartenenti allo Stato, e precisamente di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti ed obblighi fra i quali primeggiano i cosiddetti diritti politici e l'obbligo di effettuare determinate prestazioni». Nella tradizione democratica²⁷, la cittadinanza, essendo uno *status* giuridico unitario che mostra l'appartenenza ad una comunità politica, è definita dal "potere di autodeterminazione, o di partecipazione politica, per ciò che concerne

²⁶ Legge n. 91/1992.

²⁷ Cfr. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova 1997.

gli affari della comunità. Un cittadino deve poter essere capace di introdurre *inputs* nel processo di formazione della volontà collettiva. A questo fine gli devono essere garantiti certi diritti civili e politici. Senza questi diritti, senza libertà di movimento, senza il diritto di voto e senza il diritto di presentarsi come candidato alle elezioni politiche, non vi è cittadinanza di sorta”²⁸.

Il principio di autodeterminazione si sviluppa dunque anche nel diritto di cittadinanza grazie al quale il cittadino determina le questioni inerenti alla comunità di appartenenza. È dubbia però quale sia la posizione degli stranieri rispetto alcuni diritti che discendono direttamente dal diritto di cittadinanza.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 172/1999, ha messo in evidenza che gli apolidi residenti in Italia godono “di ampia tutela in tutti i campi diversi da quelli della partecipazione politica, quali partecipi di una comunità di diritti più ampia di quella fondata sulla semplice cittadinanza”²⁹. La Suprema Corte ha stabilito come non irragionevole il medesimo trattamento dell’apolide al cittadino in merito “al dovere funzionale, alla difesa della comunità, tenuto conto che nel nostro ordinamento la difesa della Patria si ispira all’esigenza ed all’idea della garanzia di libertà dei popoli”³⁰.

La dottrina ha così messo in luce che tale sentenza avrebbe potuto «offrire una sponda» a quelle interpretazioni che vorrebbero la imputabilità, ai non cittadini, dei diritti e doveri costituzionalmente previsti a una comunità di residenza per cui possono appartenervi “tutti coloro che, integrandosi attraverso il lavoro, la formazione di una

²⁸ M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico*, Torino 2004, p. 64.

²⁹ Cort. Cost. sent. n.172/1999.

³⁰ Cort. Cost. sent. n.172/1999.

famiglia, il godimento dei diritti sociali a tali situazioni connessi e l'adempimento degli obblighi costituzionalmente imposti, decidono di venirne a fare parte e che per questo si vedono riconosciuti diritti e doveri. Ed un tale processo di integrazione e costruzione di una comunità più ampia di quella meramente nazionale non può che risultare monco se a tale processo non si collega anche un percorso di acquisizione dei diritti in senso lato politici”³¹.

Diverse libertà previste in Costituzione, anche specificamente attribuite ai soli cittadini, potrebbero essere riconosciute anche ai non cittadini poiché concernenti diritti fondamentali riguardanti la persona e dunque diritti fondamentali inviolabili e quindi universali e inalienabili essendo la natura dell'uomo, e non il diritto di cittadinanza, presupposto di tali diritti. Proprio per questo la Corte ha previsto l'applicazione anche agli stranieri della tutela di tutti i diritti fondamentali in virtù dell'articolo 2 della nostra Carta fondamentale che obbliga lo Stato a una salvaguardia generale dei diritti inviolabili. Per la Corte l'articolo 3 Cost., che esplicitamente si riferisce a tutti i cittadini, deve essere applicato a tutti gli individui in materia di diritti inviolabili dell'uomo. Il principio può avere dei limiti solo relativamente a situazioni giuridiche legate alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato ed il cittadino e lo Stato e lo straniero, perché in tale ipotesi nello straniero è assente “un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano”³².

Agli stranieri non cittadini, per la giurisprudenza costituzionale, sono dunque attribuiti tutti quei diritti, al di là delle determinazioni politiche

³¹ Cfr. G. BASCHERINI, *L'immigrazione e i diritti in I diritti costituzionali*, Vol. I, Torino 2006, p. 105.

³² Cort. Cost. sent. n. 62/199471.

della comunità, che, se pur discendendo dal diritto di cittadinanza, apparterrebbero ai diritti fondamentali dell'uomo. Rimarrebbero però escluse tutte le determinazioni di tipo politico sulla comunità.

Lo *status* di cittadino è ritenuto, difatti, presupposto essenziale per la tutela di alcuni diritti e per la soggezione ad alcuni doveri, ma la Costituzione obbliga tuttavia lo Stato alla tutela dei diritti fondamentali richiedendo al contrario l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica a tutti gli individui e non ai soli cittadini. Una effettiva attuazione dell'articolo 3 Cost. richiede dunque il superamento di una interpretazione meramente letterale ed un'applicazione universale dei diritti fondamentali dell'uomo³³.

³³ U. DE SIERVO, *Art. 22*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma 1978.

1.4 La nascita moderna del principio di autodeterminazione

Il principio di autodeterminazione risulta direttamente connesso alla riflessione di John Locke. Nell'analisi speculativa di Locke si evidenzia l'esistenza di due direttrici dei diritti soggettivi: uno relativo all'uomo in sé, in *status naturae*, l'altro che prevede attribuzione di diritti solo dopo la fondazione statale, con cessione dei diritti alla comunità, diritti che ritornano successivamente in forma *sociale*.

Tutto ciò sembrerebbe evidenziare un conflitto tra diritti soggettivi e diritti *statali*. Questo conflitto in Locke è solo apparente sia sul piano teoretico che su quello empirico. Si tratta di diritti *sociali* che riguardano direttamente il piano della soggettività. La libertà concessa al soggetto anche nella sua assolutezza risulta una libertà che viene dallo Stato e da esso è legittimata. Al centro del processo fondativo resta lo Stato nella sua funzione costitutiva. Locke inserisce tale visione in una struttura *proprietaria* fondata sul binomio volontà-intelletto.

Tale binomio fonda la proprietà e di conseguenza il sistema stesso dei diritti: da qui il razionalismo che conduce dai diritti al meccanismo del consenso pone l'attenzione sulla «totipotenza di volontà-intelletto» e può condurre ad una considerazione meramente fenomenica dell'uomo reificando tutto quello che sottostà a tale binomio. Lo Stato stabilisce dei limiti a questa reificazione e ridimensiona la portata del binomio stesso.

Il termine “autodeterminazione” dunque non di rado entra nell'orbita del dibattito odierno esulando spesso da campi ritenuti tradizionalmente giuridici, ma è soprattutto proprio nel diritto che esso finisce per trovare

una propria genesi. Non a caso si parla di *diritto* o di *principio* in ordine all'autodeterminazione svelando, in tal modo, la propria ascendenza giuridica. Ad esempio si discute di diritto all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche, che è al centro del dibattito giuridico. Ma l'autodeterminazione non si limita ad essere afferente solo al campo dei trattamenti medici, più in generale si enuncia un diritto o principio di autodeterminazione. Al di là delle problematiche di inizio o fine della vita, il concetto di autodeterminazione appare per di più trasversale facendo capolino nelle varie branche dell'esperienza giuridica, finendo quasi per impersonare una sorta di *passe-partout* concettuale. L'analisi del dato giuridico vigente appare quindi imprescindibile e determinanti sono le statuizioni dei giudici che fanno riferimento all'autodeterminazione. Innumerevoli sono le pronunce al riguardo che lo individuano nel diritto al tempo libero³⁴, alla necessità di prestare ascolto al minore in sede di pronuncia dei provvedimenti d'affido del medesimo³⁵, passando per il diritto all'autodeterminazione del consumatore che andrebbe tutelata dagli operatori economici che si affacciano sul mercato, o ancora alla complessa e articolata architettura giuridica, agli istituti a tutela degli incapaci, istituti che concernono sia l'amministrazione di sostegno³⁶, che l'incapacità naturale³⁷.

La Corte in tal caso ha stabilito che: «i diritti inviolabili dalla valenza costituzionale sono quelli non solo positivizzati, ma anche quelli che emergono dai documenti sovranazionali, quali interpretati dai giudici nella loro attività ermeneutica. Si tratta di diritti o interessi che l'ordinamento non solo riconosce, ma garantisce e tutela con efficacia

³⁴ Cort. di Cass. sent. 9422/11.

³⁵ Cort. di Cass. sent. 19464/11.

³⁶ Cort. di Cass. sent. 1770/12.

³⁷ Cort. di Cass. sent. 7485/03.

erga omnes, proprio perché fondanti la persona umana, che presenta una sua dignità, la quale fa da presupposto ineludibile per il loro esercizio e la loro attuazione». Bisognerebbe però escludere in tale categoria il diritto al tempo libero poiché quest'ultimo è esclusiva prerogativa della persona che può scegliere tra il lavoro o altra occupazione. L'elemento tipico difatti dei diritti inviolabili è proprio quello di essere irretrattabili dal singolo.

Ancora si parla di autodeterminazione in relazione “all'intangibilità sessuale dei minori di anni quattordici”³⁸, di “mobbing”³⁹, in ordine “alla circonvenzione d'incapace”⁴⁰, ma anche in materia di “capacità dei contraenti”⁴¹. Il concetto trapela anche in tema di “omicidio”⁴², e in particolar modo nelle tematiche “di inizio e di fine della vita”⁴³.

Nonostante la ricchezza del panorama giurisprudenziale, non è rintracciabile una disposizione che faccia un chiaro riferimento ad un diritto o ad un principio inerente l'autodeterminazione. A sostegno di detto principio vengono richiamate alcune norme, in specie l'articolo 32, comma 2, della Costituzione, spesso in combinato disposto con gli articoli 2, 3 e 13 della medesima Carta, e l'articolo 5 della Convenzione di Oviedo. Nello specifico quest'ultimo prevede che: «1- Qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato;

³⁸ Cort. di Cass. sent. 7059/12.

³⁹ Cort. di Cass. sent. 87/12.

⁴⁰ Cort. di Cass. sent. 512/11.

⁴¹ Cort. di Cass. sent. 26729/11.

⁴² Cort. di Cass. sent. 43717/11.

⁴³ Cort. di Cass. sent. 21748/07.

2- Questa persona riceve preventivamente un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze ed ai suoi rischi;

3- La persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualsiasi momento».

Anche nell'articolo 35 del Codice di Deontologia medica e negli articoli 224 e 825 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si fa riferimento all'autodeterminazione. Per quanto concerne poi il dibattito inerente il diritto interno italiano, norma cardine viene individuata nell'articolo 32 della Costituzione per cui la salute è diritto fondamentale e interesse collettivo dell'intera comunità. Ciò che emerge dalla legge è complesso in quanto richiede la tutela della salute nel singolo e nella società. La norma stabilisce difatti che: «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona».

In verità il riferimento costituzionale che fonda la legittimità del rifiuto espresso dal paziente di essere sottoposto a cure sanitarie dovrebbe essere individuato nell'articolo 32, comma 2, della Costituzione, appena richiamato. Alla base sussiste il principio di dignità della persona che deve essere interpretato nel senso che la legge non può violare i limiti del rispetto della persona umana e allo stesso tempo questo non può legittimare l'idea che una vita è meno degna di essere vissuta. In base a ciò il principio al rifiuto dei trattamenti sanitari, tranne il caso che la legge renda obbligatorio un determinato trattamento per ragioni di interesse pubblico e con rispetto della dignità umana, è corollario dell'articolo 32 Cost.

Queste conclusioni hanno avuto l'assenso della Corte diverse volte fino ad affermare che il diritto alla salute è anche il “diritto e libertà di essere, di disporre di sé e di autodeterminarsi giuridicamente tutelati a prescindere dalla conseguenza sul piano della cura di una patologia in atto”⁴⁴.

Da questa ricostruzione è stato possibile ricomprendere tutti gli atti incidenti sulla persona in senso ampio ma non ritenere possibile che una vita possa essere considerata più degna di un'altra di essere vissuta sebbene alla base ci sia un atto di volontà della persona titolare del diritto.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 238/96, ha inoltre stabilito che «il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo ed ai trattamenti sanitari che lo concernono costituisce un diritto inviolabile rientrando tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona».

Il caso che ha dato nascita alla giurisprudenza in materia è stato quello di Eluana Englaro, data la problematicità e la drammaticità della questione e il cui esito è stato rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 21748/07.

In tale sede, il Supremo Collegio ha affermato che, «deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare

⁴⁴ Tribunale di Milano 14 maggio 1998, in *Nuova giur. Comm.*, 2000, vol. I, p. 92 e ss.

trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio, nel quadro dell'alleanza terapeutica che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno, per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte Cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire».

Le argomentazioni della Suprema Corte possono essere dunque esempio per i diritti soggettivi moderni.

In *primis* la Cassazione stabilisce che il consenso del soggetto titolare del diritto alla salute è il presupposto dell'attività del medico e dello stesso trattamento sanitario. Al contrario il diritto di rifiutare le cure “appartiene, alla libertà personale dell'individuo e si pone come correlato del diritto di ricevere tutte le informazioni utili sulle cure da intraprendere o da proseguire”⁴⁵.

Il fondamento del consenso è a sua volta rinvenuto negli articoli 2, 13, 32 della Costituzione. L'articolo 32, secondo comma Cost., in particolare, prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, individuati come eccezioni alla regola generale che rendono legittimo la volontà del singolo. Per la Cassazione dunque in base al principio personalistico c'è la possibilità di rinunciare al trattamento sanitario, senza limite alla volontà se «allorché da esso ossia dall'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica consegua il sacrificio del bene della vita [...] ritenendo che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativa».

Questo può accadere solo laddove non ci sia danno per la salute altrui cioè l'eccezionalità può essere ammessa solo, come nel caso delle epidemie, altri soggetti vedano violato il proprio diritto.

⁴⁵ T. PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Trento 2009, p. 147. In merito anche: Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, vol. I, p. 65 e ss., con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*: «il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.».

Per la Corte di Cassazione però tale consenso deve «essere informato, autentico ed attuale». Se esistono tali requisiti allora c'è l'eliminarsi «dell'obbligazione del medico avente ad oggetto la cura, con conseguente dissoluzione dell'obbligo di garanzia fondante la responsabilità commissiva mediante omissione, ex articolo 40/2 Codice penale, a carico dell'operatore sanitario». Al posto dell'obbligo di cura insorge allora «il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui».

Per il giudice di legittimità il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari «appartiene alla libertà personale dell'individuo e si pone come correlato del diritto di ricevere tutte le informazioni utili sulle cure da intraprendere o da proseguire» e in più, «è il soggetto titolare del diritto che, in ultima istanza, può decidere il contenuto del diritto in relazione alle proprie proiezioni soggettive, personali ed insindacabili aspettative di vita».

Il consenso è dunque l'elemento fondante del diritto alla salute e in base a ciò si può affermare che l'autodeterminarsi sia «un vero e proprio diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire l'integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura» al punto da rappresentare il «nucleo essenziale del bene-salute».

Di difficile definizione risulta però la sfera di competenza del singolo sulla gestione della propria salute e sul concetto di dignità e dove invece è l'ordinamento a potersi inserire in un rapporto di regola-eccezione. La giurisprudenza italiana ha difatti successivamente avuto un percorso di retrocessione rispetto alla facoltà di autodeterminarsi del singolo soggetto.

Cap II

Genealogia giuridica e culturale del principio di autodeterminazione

2.1 Il principio di autodeterminazione nell'impianto giuridico costituzionale

Di particolare complessità risulta l'inquadramento del concetto di autodeterminazione all'interno del novero dei diritti di rango costituzionale. La problematicità nasce dalla rilevanza giuridica pressoché esclusiva dello stesso nel solo diritto internazionale. La Suprema Carta difatti non enuncia in alcuna norma tale concetto né si riferisce ad esso in maniera indiretta tramite una disposizione puntuale. Individuare il principio di autodeterminazione all'interno del catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti risulta tuttavia di primaria importanza. Gli stessi determinano i limiti della legislazione ordinaria comportandone la costituzionalità, o meno, sanzionabile attraverso l'eventuale giudizio insindacabile della Corte Costituzionale. L'enucleazione di alcuni diritti e libertà appartenenti al rango costituzionale determina dunque una distinzione di tipo sostanziale. Oltre a stabilire i confini dell'ordinamento giuridico ordinario individuare come costituzionale o meno un diritto significa escludere, o meno, il procedimento analogico.

La legislazione ordinaria tende difatti alla completezza delle situazioni giuridicamente rilevanti tramite il ricorso alla *analogia legis*⁴⁶.

Il sistema costituzionale dei diritti, basandosi sulla tipicità, non è dunque interpretabile analogicamente come le norme di legge ordinaria. Non essendo così peculiarmente previsto dalla Costituzione e non potendosi fare ricorso al procedimento analogico il diritto di autodeterminazione dovrebbe essere escluso dal novero dei diritti costituzionalmente garantiti. Ugualmente all'interno della legislazione ordinaria è di difficile riconoscimento. Il codice del 1942 usa soltanto il riferimento ai diritti e libertà: l'articolo 832 stabilisce difatti che «il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico»; l'articolo 1321, rubricato autonomia contrattuale, afferma che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»; l'articolo 2907, invece, recita che «alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio».

⁴⁶ Il sistema normativo è inevitabilmente lacunoso e per risolvere i casi non regolati da alcuna disposizione legislativa è previsto un sistema di ricerca della volontà implicita della legge. «L'interprete del diritto, laddove ravvisi una lacuna, applica le norme previste per casi simili o materie analoghe. I presupposti dell'applicazione analogica sono la mancanza totale di disciplina in quanto al contrario si avrebbe interpretazione estensiva e la coincidenza di *ratio* fra il caso previsto e quello non previsto cioè la coincidenza del principio per il quale il legislatore ha formulato la regola. Non tutte le norme giuridiche permettono il procedimento analogico: l'art. 14 disp. prel. non lo consente per quelle penali ed eccezionali. L' *analogia legis* si differenzia a sua volta dalla c.d. *analogia iuris*, categoria più discussa con la quale si intende comunemente il ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato quando l'*analogia legis* non sia riuscita a risolvere la questione».

La codicistica anche dove limita o vieta non prevede come presupposto l'autodeterminazione, ma si riferisce solo al concetto di disposizione.

Di rilievo è invece l'art. 5, relativo agli atti di disposizione sul corpo proprio, per cui «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume». Anche in tal caso la legge, non accenna all'autodeterminazione ma stabilisce un potere dispositivo della persona.

L'assenza dunque, nel novero dei diritti costituzionalmente garantiti, farebbe presupporre una mancanza di tutela del diritto di autodeterminazione almeno nella sfera costituzionale.

Appare però di grande rigore alla maggior parte della dottrina la possibilità di considerare tassativo l'elenco di diritti tutelati dalla carta costituyente, un catalogo dei diritti fondamentali tra i più completi e significativi del mondo occidentale nel quale accanto ad un insieme di principi, come il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo (articolo 2 Cost.), la promozione del pieno sviluppo della persona (articolo 3, comma 2, Cost.) e il ripudio della guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (articolo 11 Cost.), si trovano disciplinati anche i diritti di libertà classici⁴⁷ e le libertà

⁴⁷ Libertà personale [art. 13], di domicilio [art. 14], di corrispondenza e comunicazione [art. 15], di circolazione e soggiorno [art. 16], di riunione [art. 17], di associazione [art. 18], di religione [art. 19], di manifestazione del pensiero e di stampa [art. 21], di identità giuridica [art. 22], e ancora la libertà dalle imposizioni [art. 23], il diritto di difesa [art. 24], il principio del giudice naturale [art. 25], il diritto di non essere estradato [art. 26], il principio di non colpevolezza sino alla condanna definitiva [art. 27], la tutela nei confronti dello Stato e dei suoi funzionari e dipendenti [art. 28].

politiche⁴⁸, come pure le libertà e i diritti della sfera etico-sociale⁴⁹ e di quella economica⁵⁰.

Questi diritti hanno conosciuto una concreta salvaguardia, a partire dal 1956, nei confronti degli atti legislativi, per opera del giudice costituzionale⁵¹. La tassatività renderebbe difatti il dettame costituzionale non adattabile ai cambiamenti epocali e alle modifiche dovute all'impatto tecnologico. Non può difatti essere considerata la riservatezza come un diritto tutelato dalla Carta costituzionale piuttosto come un diritto protetto dalla legislazione e solo in parte costituzionalizzato⁵². La maggior parte della dottrina⁵³ considera infatti l'elenco costituzionale dei diritti non «chiuso» ma «aperto», in forza dell'articolo 2 della Costituzione, sui diritti inviolabili dell'uomo.

⁴⁸ Il diritto di voto [art. 48], la libertà di associarsi in partiti politici [art. 49], il diritto di petizione [art. 50] e il diritto di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive [art. 51].

⁴⁹ La famiglia [artt. 29, 30 e 31], la tutela della salute [art. 32], la scuola, l'arte la scienza e l'Università [artt. 33 e 34].

⁵⁰ La tutela del lavoro, con la formazione e l'elevazione professionale e la libertà di emigrazione [art. 35], il diritto alla retribuzione, all'orario di lavoro, e quello irrinunciabile al riposo settimanale e alle ferie annuali retribuite [art. 36], la tutela della donna lavoratrice e quella dei lavoratori minori di età [art. 37], i diritti di previdenza sociale e la libertà di assistenza [art. 38], la libertà sindacale [art. 39] e il diritto di sciopero [art. 40], la libertà di iniziativa economica privata [art. 41] e la garanzia della proprietà privata [art. 42], la collettivizzazione delle imprese di utilità generale per i servizi l'energia e i monopoli [art. 43], la proprietà fondiaria [art. 44], la cooperazione [art. 45], la cogestione [art. 46], la tutela del risparmio e le proprietà favorite [art. 47].

⁵¹ Si veda l'articolo 134 della Costituzione, che prevede il controllo di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni per opera della Corte costituzionale insediata nel 1956.

⁵² Il diritto alla riservatezza è tutelato nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, dal quale si evince chiaramente "che la privacy non è solo il diritto a non vedere trattati i propri dati senza consenso, ma anche l'adozione di cautele tecniche ed organizzative che tutti, compreso le persone giuridiche, devono rispettare per procedere in maniera corretta al trattamento dei dati altrui". La Corte Costituzionale invece con sentenza del 12 aprile 1973, n. 38, per la prima volta riconosce un diritto inviolabile alla riservatezza, desunto dagli artt. 2, 3, comma 2, e 13 della Costituzione che può trovare tutela cautelare ex art. 700 c. p. c. e la Sentenza 3 febbraio 1994, n. 13, secondo cui il diritto all'identità personale è ancorato al precetto dell'art. 2 Cost.: «tra i diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce anche il diritto all'identità personale» (nello stesso senso, Corte Costituzionale Sentenza 11 maggio 2001, n. 120).

⁵³ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969.

La ragione che aveva portato la dottrina italiana a sostenere la tesi della fattispecie «chiusa» è stata l'avversione alla concezione dell'articolo 2 come clausola di apertura al *diritto naturale* poiché «gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale, estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumerebbero connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»; di qui il rifiuto della tesi estensiva “sia per il difetto di ogni base positiva sia e soprattutto perché tutte le libertà che abbiamo chiamato aggiuntive rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione”⁵⁴. Secondo questa impostazione potrebbero esser così considerati di rango costituzionale solo quei diritti positivizzati nel testo. Per quanto riguarda invece i *nuovi diritti*, che insorgono per lo sviluppo incessante della persona umana, andrebbero enucleati da come gli stessi sono individuati nelle disposizioni costituzionali positive che li riguardano. Le disposizioni costituzionali avrebbero così una «potenzialità normativa elastica» che comprenderebbe anche i *nuovi diritti* o *diritti impliciti* essendo inclusi nella Costituzione o ancora *diritti strumentali*, diritti che danno significato ai diritti specificamente previsti. L'articolo 2 della Costituzione, secondo questa impostazione, rappresenterebbe comunque un “principio espansivo dotato di grande forza maieutica, nell'opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati”⁵⁵. Infatti l'articolo 2 non cautelerebbe nuove situazioni soggettive, rispetto a quelle già costituzionalmente garantite, ma potrebbe riferirsi anche delle situazioni solo potenzialmente tutelabili.

⁵⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 54.

⁵⁵ F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, p. 23.

Detto articolo andrebbe inteso con la funzione di dare inviolabilità ai diritti nominati in Costituzione in maniera esplicita e allo stesso modo di garantire tutelabilità anche ai diritti impliciti conseguenti a quelli previsti chiaramente.

Concordemente alle tesi sin qui esaminate, anche l'impostazione dell'articolo 2 come clausola, non intende considerare la disposizione come lo stabilire un diritto di libertà o come forma di apertura al diritto naturale ma soltanto come uno spazio interpretativo per l'individuazione di nuove caratterizzazioni. L'orientamento in questione porrebbe, come scopo centrale dell'ordinamento, il libero sviluppo della persona non tanto come dato ma piuttosto come obiettivo da realizzare nel concreto. Secondo tale impostazione si deve considerare che il Legislatore costituente, pur nella sospensione del testo costituzionale, abbia voluto indirettamente salvaguardare nella Carta anche i diritti come il diritto alla vita. In realtà esso costituirebbe, in tal senso, la garanzia di alcuni diritti non esplicitati ma comunque inviolabili. Occorrerebbe comunque, in un'ottica di tutelabilità, stabilire la cornice entro la quale ammettere la sussistenza di tali diritti, di modo da non render l'articolo 2 un involucro privo di efficacia. La norma sarebbe dunque una clausola aperta ma normativamente delimitata. Tale clausola agirebbe in due direzioni, tanto in quella dei *diritti impliciti*, quanto in quella dei *nuovi diritti*. Secondo entrambe le impostazioni l'effettività dei diritti sarebbe legata alla cultura di riferimento espressa in primo luogo dalla Carta Costituzionale. L'articolo 2 della Costituzione costituisce la legittimazione di tali diritti fondamentali e sebbene la nascita degli stessi vada fissata al di fuori

del testo costituzionale, attraverso tale norma, essi verrebbero ad essere tutelati giuridicamente.

Rispetto a questa idea, più riduttiva sembra essere invece l'opinione di coloro che, pur ritenendo che i diritti rappresentino dei valori⁵⁶, affermano che la determinazione delle categorizzazioni avvenga tramite il combinato stabilito tra le singole disposizioni sui diritti e l'articolo 2 della Costituzione, considerando che tale ultima disposizione sia il fondamento del libero sviluppo della persona umana.

Per quest'orientamento sembrerebbe inammissibile l'idea dell'articolo 2 come fattispecie chiusa da intendersi come elencazione di diritti enumerati, in quanto "la tipizzazione-enumerazione costituzionale dei diritti è sufficiente a ricoprire potenzialmente tutte le direzioni o aree di libertà praticamente possibili"⁵⁷. È chiaro che il discrimine tra coloro che ritengono che nell'articolo 2 sia presente una situazione «chiusa» e coloro che considerano invece presente una fattispecie «aperta» si situi, non solo nella possibilità che i primi credano come essenziale una interpretazione secondo i canoni classici dell'ermeneutica giuridica e in base al principio di specialità⁵⁸, mentre i secondi cercando di far tutelare, anche attraverso l'articolo 2 della Costituzione, dei valori da cui si deriverebbero i diritti non espressamente esplicitati⁵⁹, ma nella possibilità di considerare, o meno, il caso di mettere in connessione la giurisprudenza con il dettato costituzionale.

⁵⁶ M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova 2003, p. 56.

⁵⁷ M. MAZZIOTTI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Milano 1993, p. 58.

⁵⁸ Cfr. R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino 1989.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*.

Difatti, la conseguenza ultima della tesi dell'articolo 2 come caso aperto è di condurre a decisioni in cui la dimensione fattuale risulta essere il dato preminente.

La questione è diventata, col passare degli anni, di maggior entità a causa delle modifiche del costume sociale e dell'impatto delle tecnologie nell'ambito della tutela giuridica facendo venire alla luce l'insufficienza del dettato costituzionale basti pensare all'evoluzione dei media, all'ambiente e alla difesa dei consumatori, alla bioetica e ai diritti delle generazioni a venire.

Il Supremo giudice aveva ritenuto come «chiuso» il catalogo considerando come inviolabili solo i diritti direttamente previsti dal testo costituzionale⁶⁰. *In primis* la Corte aveva valutato come valida un'impostazione restrittiva dell'art. 2 per cui il principio stabilito dalla disposizione "indicava chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana: che appartengono all'uomo inteso come essere libero e alla generica formula di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili"⁶¹.

Solo dopo, a partire dagli anni Settanta, sono invece diventati visibili i cambiamenti di tale indirizzo: la Corte aveva individuato, ad esempio un diritto intoccabile alla riservatezza e all'immagine⁶², un diritto fondamentale di revisione delle conoscenze errate concernenti la

⁶⁰ Corte Costituzionale 11/1956, 29/1962, 98/1968, 1, 27 e 84/1969, 101/1971, 42 e 77/1972, 14, 57 e 159/1973, 33/1974, 102, 106 e 238/1975, 101/1976, 98 e 125/1979.

⁶¹ Corte Costituzionale, 11/1956.

⁶² Corte Costituzionale 38/1973.

propria persona⁶³, un diritto alla libera costruzione dell'identità sessuale⁶⁴, un diritto ad una morale individuale⁶⁵ un diritto alla vita nascente⁶⁶. Una visione più aperta che si rafforza a partire dalla metà degli anni Ottanta quando fra i diritti enucleati dalla giurisprudenza troviamo: l'inaggirabilità del diritto alla vita e all'incolumità⁶⁷, all'identità sessuale⁶⁸, alla privacy⁶⁹, al rispetto della dignità umana⁷⁰, del minore all'inserimento familiare⁷¹, al nome⁷², all'abitazione⁷³.

La Corte Costituzionale, dunque, nella storia della sua giurisprudenza, ha dato prima di tutto un'accezione prescrittiva alla norma sui *diritti inviolabili* dell'art. 2 allargando, però, la propria visione. In particolar modo la Corte ha teso a salvaguardare l'individuo-persona⁷⁴ e, in questo orientamento, le diverse sentenze definiscono una prospettiva interconnessa⁷⁵ rispetto, ad esempio, al fondamentale diritto alla salute fissato dall'articolo 32 della Costituzione.

Posta l'importanza e la problematicità dei nuovi diritti la maggior parte della dottrina tende a considerare i diritti costituzionali non espressamente enumerati. All'interno di questa impostazione troverebbe posto anche il concetto di autodeterminazione come espressione di diritti non previsti e delle categorie giuridiche come

⁶³ Corte Costituzionale n. 225/1974.

⁶⁴ Corte Costituzionale n. 161/1985.

⁶⁵ Corte Costituzionale n. 17/1981.

⁶⁶ Corte Costituzionale n. 27/1975.

⁶⁷ Corte Costituzionale n. 54/1986.

⁶⁸ Corte Costituzionale n. 561/1987.

⁶⁹ Corte Costituzionale n. 139/1990, 463/1994, 13/1996.

⁷⁰ Corte Costituzionale n. 346/1989, 559/1989, 28/1990.

⁷¹ Corte Costituzionale n. 229/1987, 183/1988.

⁷² Corte Costituzionale n. 13/1994, 297/1996, 268/2002.

⁷³ Corte Costituzionale n. 404/1988.

⁷⁴ Corte Costituzionale n. 132/1985.

⁷⁵ *Ibidem*.

autonomia privata, libertà individuale che, se pur non enucleate direttamente, avrebbero una diretta copertura costituzionale.

2.2 Il principio di autodeterminazione e il catalogo dei diritti costituzionali

2.2.1 L'affermazione di un principio generale di libertà o di tutela dell'autonomia privata

Il principio di autodeterminazione trova copertura costituzionale sia nel caso si consideri l'articolo 2 della Costituzione come un catalogo «aperto» sia per le posizioni che tendono ad ammettere un principio generale di libertà da cui enucleare ulteriori diritti.

Una parte della dottrina fa discendere l'autodeterminazione dal principio di autonomia privata⁷⁶. Con la terminologia autonomia privata si considera “la posizione dei soggetti privati nell'ordinamento, una posizione intrinseca di un tratto di autodeterminazione e dunque di libertà in quanto la stessa realizza la configurazione dello Statuto giuridico della persona, dello spazio fatto alla sua autodeterminazione e del livello di garanzia ad esso assicurato”⁷⁷.

Le contraddizioni nascono dal passaggio dall'autonomia privata alla libertà. L'autonomia privata è il potere dei privati di regolare i propri interessi e di incidere sulla propria sfera giuridica nel rispetto dei limiti e degli obblighi stabiliti dalla legislazione. La Costituzione non prevede questa espressamente ma la tutela indirettamente tramite l'articolo 2 per il pieno sviluppo della persona umana, e all'articolo 41, nella tutela dell'iniziativa economica privata. All'interno del concetto generale di autonomia privata si può parlare di autonomia contrattuale

⁷⁶ Cfr. M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁷ Ivi, p. 93.

(C.c. art. 132.) cioè il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei termini imposti dalla legge. Tale autonomia si esplica sia in caso di contratti il cui schema astratto è previsto dalla legge cioè contratti tipici, sia in quello di contratti che non appartengano a nessuno schema astratto previsto dal legislatore, cioè contratti atipici se sono finalizzati a porre in essere interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico. In tali casi si è soliti definire l'autonomia negoziale come categoria più generale dell'autonomia contrattuale perché riferita a tutti i negozi giuridici. Per quanto riguarda invece i diritti di libertà si intendono i diritti civili cioè quei diritti di più antica origine. Il loro contenuto consiste in una pretesa negativa, una pretesa ad una astensione per cui il loro godimento è garantito da obblighi di non fare rivolti a tutti o ad alcuni membri della società, proprio per questo sono definiti anche come libertà negative. Essi non si configurano come diritti patrimoniali, tali diritti sono infatti funzionali a subire un pregiudizio, perché non sono soggetti a risarcimento monetario.

Le due categorie sono completamente diverse in quanto la prima indica un potere dinamico mentre la seconda una pretesa ed una condizione in via di principio statica. Ricondurre un diritto di libertà all'autonomia privata significherebbe restringere lo spazio del diritto di libertà in quanto presupporrebbe non solo la capacità giuridica, ma anche quella di agire per poterlo realizzare e di fatto risulterebbero così privati dei diritti di libertà tutti coloro che sono incapaci, tra cui minori ed interdetti.

Le stesse considerazioni possono valere se lo schema di ragionamento su cui poggia il fondamento della costituzionalità del principio di

autodeterminazione nasce dalla constatazione che il principio di libertà, anche morale, di disporre della propria persona di cui è elemento necessario la garanzia della libertà personale all'articolo 13 della Costituzione, e il riconoscimento delle convinzioni personali o libertà di coscienza, di cui è elemento fondante la garanzia della libertà di religione e di culto all'articolo 19 della Costituzione, sono i cardini su cui si basano i diritti di libertà dell'ordinamento giuridico. Il *modus* interpretativo è così capovolto, sono le libertà poste in Costituzione ad essere iscritte dentro il principio generale di libertà per cui tutto ciò che non è vietato costituzionalmente, o non risulta nella disponibilità del potere pubblico, è garantito e dunque espressione di libertà.

Della medesima opinione è chi partendo dai diritti inviolabili individua un generale principio della libertà morale⁷⁸. Questa libertà viene ritenuta come corrispondenza dell'ordinamento ai convincimenti interni della persona e come valorizzazione dell'autodeterminazione da parte delle norme giuridiche.

Ne deriva un'interpretazione per cui libertà morale e autodeterminazione coincidono, in una prospettiva costituzionale che poggia, per forza di cose, sull'articolo 2 della Costituzione, inteso come clausola semi-aperta.

Sulla libertà morale si era espressa anche la Corte costituzionale in alcune sentenze che sono state criticate in dottrina, in particolare “collegandola alla libertà personale dell'art. 13 Cost., dove distingue tra prestazioni imposte e violazione della libertà morale per opera di sostanziali restrizioni, fisiche o morali, di libertà, equiparabili all'«arresto», che sono da comprendere tra le ispezioni personali

⁷⁸ Cfr. R. NANIA, *op. cit.*, p. 114.

previste dall'art. 13 della Costituzione”⁷⁹. In tali sentenze è chiaro che se pur non si tratta di tutela della libertà morale comunque viene salvaguardata la libertà fisica. Tra l'altro la libertà morale non è espressamente tutelata in Costituzione, se non contro la violenza morale esercitata «sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» secondo l'articolo 13, comma 4. La difesa della sfera morale è tutt'al più, riconducibile, in modo non diretto, ad alcune norme della Costituzione, come l'articolo 23, inteso come disposizione di chiusura dei diritti costituzionali. Tale articolo, infatti, stabilisce soltanto “la esclusività del comandare e del minacciare delle leggi e degli atti delle autorità pubbliche e private fondati sulle leggi e si limita a statuire che i limiti alla persona che non urtano contro specifiche garanzie espresse da puntuali norme della Carta devono essere previsti dalla legge secondo il principio di legalità, sostanziando un diritto di libertà solo verso i terzi, in quanto esclude che un potere, pubblico o privato, diverso da quello della legge possa imporre o anche solo minacciare limitazioni alla persona, e verso la legge medesima, dal momento che da questa norma non potrebbe trarsi una potestà comunque «generale» o «assoluta» della legge”⁸⁰.

Al di là delle precedenti considerazioni far discendere il potere di autodeterminazione da diversi principi generali quali autonomia, libertà generale, libertà morale, comporterebbe, nonostante l'aspirazione ad una totale tutela costituzionale, una completa indeterminatezza⁸¹.

⁷⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 30/1962.

⁸⁰ C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 125.

⁸¹ A. PACE, *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano 2006, pp. 66-67.

2.2.2. Il principio di autodeterminazione nel diritto alla salute e nel diritto alla vita: analisi e problematicità

Più corretta appare la ricostruzione che fa dipendere la portata costituzionale dell'autodeterminazione dall'interpretazione dell'articolo 32, comma 2, della Costituzione⁸². Secondo tale articolo «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». L'articolo 32, comma 2, alla cui individuazione ha cooperato anche la componente cattolica presente in seno all'Assemblea Costituente, stabilisce non tanto la libertà di cura all'interno della quale rientrerebbe anche il rifiuto terapeutico, ma piuttosto pone una sorta di limite del potere pubblico. La riserva di detto articolo è rafforzata e permette un controllo di costituzionalità rapportato non alla ragionevolezza delle terapie obbligatorie, ma alla loro effettiva incidenza e alle modalità di attuazione che non possono essere tali da offendere il paziente.

Al di là dei trattamenti obbligatori, il tema della salute e della cura sono disciplinati dal primo comma dell'articolo 32, in tale ottica l'esistenza di strutture e servizi determina che il diritto alla salute, e l'interesse sociale alla salute dell'individuo, siano realmente misurabili.

⁸² Cfr. V. D. VINCENZI AMATO, *Rapporti Etico-sociali*, Art. 32, in AA. VV. *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 174; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in Dir. Soc. 1980; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in Dir. Soc., 1983, 21; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in Dir. soc., 1984; R. FERRARA, *Salute*, in Dig. Disc. Pubbl., Torino 1997.

Difatti l'articolo 32, comma 1, disciplina le questioni inerenti alla collaborazione tra paziente e medico⁸³, quelle connesse al consenso informato⁸⁴, il rispetto della scienza⁸⁵, il discrimine con l'accanimento terapeutico⁸⁶, la valutazione di ciò che va garantito dalla sanità pubblica⁸⁷, e sui comportamenti che le autorità sanitarie devono avere nel rispetto dell'interesse sociale e individuale, come ad esempio nel caso di malattie legata allo stile di vita.

Rispetto a tale problematica si può riportare quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale relativamente a un determinato caso sull'obbligo di indossare il casco per i motociclisti per cui il giudice *a quo* aveva sostenuto l'illegittimità della norma perché soltanto il caso di messa in pericolo del diritto alla salute di terzi individui avrebbe potuto determinare una limitazione del diritto di libertà, allo stesso tempo se fosse esistito solo un interesse collettivo alla salute di un terzo ogni imposizione o limitazione sarebbe stata illegittima.

La Corte costituzionale su ciò ha osservato invece che "l'assunto, secondo cui l'articolo 32 della Costituzione consentirebbe limitazioni al diritto di circolazione solo se venisse in gioco il diritto alla salute di soggetti terzi rispetto a colui cui vengono imposte quelle limitazioni, con la previsione di sanzioni in caso di inosservanza, non può essere condiviso. Specie quando, come nella materia in esame, si è in presenza di modalità, peraltro neppure gravose, prescritte per la guida di motoveicoli, appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore

⁸³ Corte Costituzionale sentenza n. 438/2008.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Corte Costituzionale sentenza n. 282/2002.

⁸⁶ Cfr. P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso Welby*, in "Studium Iuris", 2008, pp. 55-56.

⁸⁷ Corte Costituzionale sentenza n. 282/2002.

nel suo apprezzamento prescriva certi comportamenti e ne sanziona l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali. Non può difatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività. Le misure dirette ad attenuare le conseguenze che possano derivare dai traumi prodotti da incidenti, nei quali siano coinvolti motoveicoli, appaiono perciò dettate da esigenze tali da non far reputare irragionevolmente limitatrici della estrinsecazione della personalità le prescrizioni imposte dalle norme in questione”⁸⁸.

In particolar modo è necessario specificare che le decisioni su ciò che si può sollecitare in termini di cura e terapia e le decisioni di fine vita, sulla scorta di alcuni principi costituzionali, devono essere frutto di un *bilanciamento* tra il diritto alla salute e l'interesse della collettività da valutare in base al caso concreto.

La delicatissima discussione sui diritti legati alla vita, intorno alla quale si confrontano etiche e sensibilità diverse, riguarda non esclusivamente il tema del *diritto alla vita in senso stretto* cioè a non essere uccisi, ed il *diritto a nascere* ossia a *essere lasciati venire alla vita*, ma anche il “diritto a non essere lasciati morire”⁸⁹.

La possibilità poi che “il rifiuto della terapia e il lasciarsi morire e persino il suicidio non trovino una sanzione penale non vuol dire che la condotta rientri nell'esercizio di un diritto di libertà e che si possa considerare lecita secondo l'ordinamento. Infatti, questa condotta ancorché non sanzionata, per il fatto stesso che possa danneggiare la

⁸⁸ Corte Costituzionale sentenza n. 180/1994.

⁸⁹ N. BOBBIO, *Il dibattito attuale sulla pena di morte*, 1983, p. 45.

propria vita, o possa farla finire volontariamente, infrange il precetto legislativo che muove dall'indisponibilità del bene della vita"⁹⁰. In questa prospettiva giuridica la vita non è disponibile, un precetto che ha fondamento costituzionale e che deriverebbe comunque dalla legislazione.

Questo non è l'unico esempio di condotte non sanzionate che non possono costituire l'esplicitazione di un diritto costituzionale, difatti non sempre ciò che non è sanzionato in via costituzionale o legislativa può ritenersi ammissibile dall'ordinamento e dunque espressione di una libertà prevista dal legislatore. Basti ricordare l'articolo 4 della Costituzione che definisce il lavoro come un diritto di libertà, come scelta e un dovere, ma che non punisce chi omette di svolgere un lavoro. In questo senso si potrebbe sostenere che colui che, in forza del principio di autodeterminazione, rifiuta il lavoro eserciti un diritto di libertà costituzionalmente garantito; dichiarazione, tuttavia, non completamente in linea con i principi costituzionali. La mancanza di sanzione penale, o di altre sanzioni, per una condotta non riconducibile direttamente a termini di diritto, determina che tale questione, sebbene giuridicamente rilevante, vada rimessa all'attenzione del legislatore nel suo potere di stabilire i limiti dell'autonomia individuale⁹¹.

Nel fondare la costituzionalità del diritto di autodeterminazione sul diritto alla salute non si può non tener conto di quanto lo stesso sia stato comunque ostacolato sia dalla libertà religiosa, dell'articolo 19 della Costituzione, che dalla potestà genitoriale dell'articolo 30, comma 1,

⁹⁰ F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 58.

⁹¹ Alla legge si chiede di stabilizzare anche situazione relative a vita e morte basti pensare alla necessità di emanare leggi sull'aborto, sulla procreazione assistita, sul testamento biologico.

della Carta, come nel caso delle trasfusioni ai testimoni di Geova. Altro aspetto, relativo all'enucleazione del diritto di autodeterminazione dal diritto alla salute, riguarda le questioni inerenti all'obiezione di coscienza in rapporto a specifiche pratiche, alla prescrizione di cure e terapie.

In tali situazioni si deve ammettere che, se si dovesse ritenere possibile un diritto all'autodeterminazione, esso deve farsi comunque discendere dal diritto all'obiezione di coscienza. Ed al contrario la coscienza, differentemente che in altri ordinamenti costituzionali, non trova salvaguardia diretta in Costituzione, ma solo una tutela frammentata tramite alcune libertà costituzionali.

Il diritto di obiezione di coscienza risulta dunque disciplinato dalla legge, non dalla Costituzione, con valutazioni di opportunità che il legislatore considera preponderanti nell'organizzazione degli ordinamenti istituzionali e nell'unione di diritti e doveri.

Allo stesso modo ricondurre il principio di autodeterminazione al diritto alla vita risulta comunque di difficile ricostruzione in quanto sia la tutela del diritto alla vita, che la morte, sono diventate oggetto di una diversità di concezioni etiche e di visioni del mondo opposte, considerate, laicamente, valide.

Dal punto di vista giuridico una tra le possibili soluzioni prevede di dare libertà all'autodeterminazione individuale in tutte quelle fattispecie in cui i comportamenti attingono alla persona che attua le sue scelte.

È tutto sommato condivisibile l'idea che l'esercizio di facoltà individuali, che non obbligano gli altri soggetti che accettano una diversa visione del mondo, non può formare oggetto di divieto da parte del legislatore.

Non si può negare che attraverso l'interpretazione costituzionale si possano delineare quali punti, delle diverse concezioni del mondo, risultino essere meritevoli di tutela. In ogni caso qualora la questione non sia rimediabile in via interpretativa, non si può escludere la qualificazione in Costituzione, se le disposizioni non consentono di prendere una decisione. In tal modo potrebbero essere ritenute accettabili, eutanasia, aborto, eugenetica, assunzione di sostanze stupefacenti, ma anche le mutilazioni genitali femminili (se praticate in maniera volontaria), cioè tutte quelle condotte le cui ricadute sono direttamente riconducibili al soggetto che ha posto in essere tali condotte. Atteso che la legge non contiene un obbligo all'eutanasia, aborto, o mutilazioni, tali condotte non dovrebbero essere sottoposte a norme che le vietano. L'ordinamento imporrebbe una norma di divieto solo se dalla scelta possa realizzarsi una concreta situazione di pericolo o di danno a terzi.

Si tratta, in realtà, di una concezione giuridica la cui filosofia è ispirata ad una sorta di radicale relativismo valoriale, nella quale è molto forte il rischio di destabilizzazione dell'apparato giuridico nel suo insieme. Un qualcosa di simile si realizza nel sistema americano nel quale, il ruolo dei giudici, svolge una funzione di integrazione al dato costituzionale tradizione, cosa che appare ormai replicabile anche per i sistemi di *civil law*, nei quali si avverte un'attenuazione costituzionale e della legge.

2.3. Il consenso informato come espressione del principio di autodeterminazione

Far discendere il diritto di autodeterminazione dal diritto alla salute comporta una serie di questioni giuridiche che necessitano di analisi ermeneutica. Il cambiamento della sede del processo decisionale dal medico al paziente, confermato dalla recente giurisprudenza costituzionale che ha ribadito la necessità di un consenso libero ed informato all'atto medico, rappresenta l'evoluzione dall'atteggiamento *paternalistico* del medico alla *alleanza terapeutica*. La professione medica è da sempre stata informata da un imperativo etico preciso in virtù del quale il medico aveva il dovere di fare il bene del paziente e il malato non poteva non considerare buono ciò che il medico proponeva come tale.

L'atteggiamento paternalistico è sopravvissuto per secoli ed ha iniziato ad incrinarsi nel momento in cui si è creduto opportuno dare al paziente informazioni circa il suo stato di salute e la terapia in atto. Il principio che ispirava questo nuovo comportamento non era ancora dettato dal riconoscimento del diritto di autodeterminazione dell'uomo, ma dalla convinzione che la consapevolezza del malato potesse determinare un beneficio terapeutico. Furono il processo (e la sentenza) di Norimberga e la dichiarazione di Ginevra del 1948 ad introdurre internazionalmente il principio del diritto del malato all'autodeterminazione ripreso poi da tutti i codici di deontologia medica.

Nel recente impianto costituzionale dunque il principio di autodeterminazione discende dal diritto alla salute di cui è espressione l'inversione del rapporto medico-paziente.

Tale relazione si fonda su un principio di eguaglianza che tende a collocare sullo stesso piano la libertà di chi si prende cura del soggetto e di chi viene sottoposto a cure. Espressione di una siffatta impostazione è il *consenso informato*, il quale diviene elemento di libertà della singola persona collocandosi, inevitabilmente, tra i diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Carta costituzionale e corollario dell'autodeterminazione. Il consenso informato rappresenta un elemento di tutela della salute del cittadino e della sua integrità fisica, prevedendo l'esclusione di tale autonomia solo per atto motivato da autorità.

I principi stabiliti dall'articolo 32 della Costituzione trovano ulteriore conferma nell'articolo 33 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la quale stabilisce che «gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; qualora previsti, i trattamenti sanitari obbligatori devono comunque rispettare la dignità della persona, i diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura».

Ancora più chiaro è l'attuale Codice Deontologico che prevede la necessità di informare il paziente (art. 30) o eventuali terzi (art. 31), e l'obbligo al consenso informato del paziente (art. 32) o del legale rappresentante (art. 33).

Lungo questa direzione si può affermare che l'informazione del paziente e l'assunzione del consenso informato costituiscono anche un obbligo diretto di tipo deontologico, obbligo che se non fosse rispettato potrebbe portare, a prescindere dagli eventuali danni al paziente, ad un procedimento disciplinare nei confronti del sanitario davanti all'Ordine professionale competente.

Espressione diretta di tale tutela e estrinsecazione del diritto di autodeterminazione diviene dunque il consenso informato.

Tramite queste modalità l'individuo può maturare la propria convinzione libera e cosciente e scegliere se sottoporsi al trattamento o rifiutarlo, scegliere quindi di autodeterminarsi.

Il medico nel fornire l'informativa dovrà considerare sia il livello culturale che le capacità di comprensione del paziente avendo perciò l'obbligo di esprimersi in modo chiaro e semplice. Non solo, ma con riferimento ad informazioni in ordine a «prognosi gravi o infauste, o tali da poter procurare preoccupazioni e sofferenze particolari al paziente» le stesse dovranno essere fornite «con circospezione, usando terminologie non traumatizzanti, senza escludere mai elementi di speranza», come stabilisce l'articolo 30, IV comma, del Codice Deontologico.

Il paziente, da parte sua, ha la possibilità di richiedere informazioni maggiormente dettagliate o di non essere informato, oppure di delegare un terzo soggetto a conoscere le informazioni e a manifestare il consenso. Altro elemento di validità della prassi è costituito “dall'espressione personale del consenso da parte dell'avente diritto ovvero dal legale rappresentante se trattasi di incapace⁹²”.

Il consenso informato è personale ed *eccezionalmente delegabile*.

⁹² Incapace naturale è “la persona che, sebbene capace legalmente in quanto maggiorenne e non interdetta, sia tuttavia incapace di intendere e volere. In tale stato può venirsi a trovare l'anziano, l'infermo di mente, l'handicappato o chi fa uso di sostanze alcoliche o stupefacenti. Si tratta, poi, di una condizione di incapacità che può essere permanente o puramente transitoria. L'incapacità naturale consiste, infatti, in qualsivoglia stato psichico idoneo a privare il soggetto agente delle facoltà di discernimento nel momento in cui egli compie atti giuridici”.

Le sole possibilità in cui è consentita la delega sono relative al paziente minore e al maggiorenne legalmente interdetto, dunque a soggetti ritenuti dall'ordinamento giuridico incapaci di esprimere un consenso giuridicamente valido. L'articolo 33 del Codice di deontologia medica prevede infatti che qualora «si tratti di minore, di interdetto, il Consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento dei dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore dei minori o di incapaci, il Medico è tenuto ad informare l'autorità giudiziaria». Per espressa previsione dell'articolo 34 del Codice «il minorenne ha però diritto a essere informato e a esprimere i suoi desideri, che devono essere tenuti in considerazione fermo restando il rispetto dei diritti del legale rappresentante».

Lo stesso principio si applica alla persona interdetta, che ha diritto ad essere informata e di veder essere presa in considerazione la sua volontà. Qualora l'avente diritto non sia minorenne o interdetto ma si trovi in una situazione di incapacità transitoria, nasce la problematica se potrà fornire il proprio consenso un soggetto legalmente autorizzato ad esprimere un consenso valido in sostituzione del soggetto naturalmente incapace. Spesso il medico chiede ai prossimi congiunti il preventivo consenso.

Il consenso dei prossimi congiunti con riferimento ad un soggetto naturalmente incapace e non legalmente incapace come il minore o il soggetto dichiarato interdetto, non ha alcun valore giuridico data la natura strettamente personale dell'atto di prestazione del consenso delegabile, come già precisato, se non in casi eccezionali.

Quanto detto è stabilito anche dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 253 del 4/07/2006, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la Legge Regionale Toscana n. 63/04 nella parte in cui prevedeva il diritto di ciascuno di indicare la persona delegata ad esprimere il consenso a determinati trattamenti terapeutici, nel caso in cui il diretto interessato versasse in condizioni di incapacità naturale e vi fosse urgenza di provvedere.

La Regione Toscana con tale legge è infatti intervenuta in materia di rappresentanza e quindi di riferimento civile, materia che rientra nella competenza statale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma lettera l, della Costituzione. È opportuno precisare che le professioni sanitarie in generale sono *servizi di pubblica necessità* (ai sensi dell'art. 359 C.p.) e comportano l'utilizzo di violenza personale nell'interesse del paziente. Si deve poi sottolineare che la situazione di garante del sanitario pubblico è legata alla solidarietà a cui fa riferimento la Costituzione la cui funzione ha notevole rilevanza giuridica.

Se il paziente è impossibilitato a prestare un valido consenso dovrà essere il medico ad assumersi direttamente ogni responsabilità. L'articolo 54 del Codice Penale stabilisce difatti che il sanitario possa prescindere dal consenso qualora sussista «la necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo». Analoga disposizione è prevista agli articoli 7 e 35 del Codice Deontologico che, in situazioni d'emergenza, prevedono che il medico sia tenuto a prestare la sua opera per salvaguardare la salute del paziente. Il sanitario quindi, dopo aver valutato la necessità e l'urgenza dell'intervento diretto a prevenire un

danno grave alla persona, potrà procedere al trattamento terapeutico anche in assenza di consenso ove, per assenza, si fa riferimento all'incapacità naturale del soggetto di prestare consenso all'atto sanitario.

Diventa sempre più frequente l'ipotesi di ricorsi di medici curanti o di strutture sanitarie e assistenziali, per la nomina di un amministratore di sostegno al fine di prestare il consenso informato a interventi terapeutici e chirurgici. I ricorsi riguardano non solo i casi di interventi urgenti indispensabili per salvare la vita della persona in totale stato di incapacità, ma anche a casi in cui la persona ha la capacità, parziale o residuale, ma si rifiuta di aderire alla proposta del medico. Un'applicazione smisurata di tale metodologia potrebbe, paradossalmente, portare a prescindere dal consenso della persona anche quando essa è ancora capace di intendere e volere.

La giurisprudenza ha perciò chiarito che “se la persona cui è stato nominato un amministratore di sostegno è capace, anche solo in via residuale, di intendere e di volere, deve sapere e potere esercitare in proprio tali diritti, non essendo consentito, in quanto contrario ai principi costituzionali, limitare il diritto alla tutela della salute e alla scelta delle cure di una persona che si assume essere ancora capace legalmente, fino al momento in cui non la si dichiara interdetta”⁹³.

L'attività dell'amministratore di sostegno per quanto attiene la cura della persona dovrà quindi limitarsi a scelte ed attività di tipo ordinario inerenti la sua assistenza, ma non potrà determinare la completa sostituzione del consenso del malato, in ipotesi di decisioni che riguardano interventi o terapie già non accolte dallo stesso, oppure che

⁹³ Giudice Tutelare del Tribunale di Torino (22/05/2004).

il paziente non è in grado di valutare per la decisione (tranne i casi di urgenza ai sensi dell'art. 405, comma 4, C.c.). Tuttavia data la natura principale dell'amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione non si esclude che il giudice tutelare possa conferire a quest'ultimo ogni potere di rappresentanza della persona, se incapace totale, compresa la possibilità di assumere decisioni inerenti le cure e le terapie mediche. Ciò può accadere quando "l'interessato non abbia la capacità naturale necessaria ad esprimere un consenso od un rifiuto consapevoli in relazione al trattamento chirurgico prospettato dai sanitari, né vi è la probabilità che l'interessato riacquisti in tempi brevi la capacità d'intendere e di volere idonea a consentirle una decisione consapevole, mentre d'altro canto l'intervento sanitario è manifestamente necessario ed urgente"⁹⁴.

Per quanto riguarda la forma del consenso bisogna dire che, come per la generalità dei negozi giuridici, tranne per quelli che è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, la forma di espressione del consenso è libera.

Come si desume dal Codice deontologico, all'articolo 32 comma 2, il consenso scritto può considerarsi «un dovere morale del medico in tutti i casi cui le prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche in ragione della loro natura sono tali da rendere opportuna una manifestazione in equivoca e documentata della volontà del paziente». La forma scritta non determina comunque in sede processuale univocità di un consenso libero e pienamente informato, costituendo soltanto un elemento di prova. Come stabilito dall'articolo 35 del Codice deontologico, in mancanza di possibilità di esprimere un valido consenso, nel caso di

⁹⁴ Tribunale Roma, 22 dicembre 2004.

urgenza di pericolo di vita, ad essere prevalente sarà la necessità di prestare l'assistenza e le cure indispensabili.

In base alla condizioni di validità del consenso informato è sicuramente da escludere la possibilità che il consenso possa essere prestato tramite formulari prestampati. La giurisprudenza ha infatti messo in evidenza che “il consenso deve essere frutto di un rapporto reale e non solo apparente tra medico e paziente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata, non solo cartacea, all'intervento. Esso non è dunque un atto puramente formale e burocratico ma è la condizione imprescindibile per trasformare un atto normalmente illecito, come la violazione dell'integrità psicofisica, in un atto lecito”⁹⁵. Il mancato rispetto dell'obbligo di informativa al paziente è considerata “fonte di risarcimento del danno in quanto il soggetto è leso nella libertà di autodeterminazione delle proprie scelte esistenziali e questo anche nel caso in cui la prestazione sanitaria sia stata eseguita correttamente e senza errori”⁹⁶.

La necessità di informare è costituzionalmente garantita e se non rispettata prevede “un risarcimento autonomo e distinto rispetto al danno alla salute cagionato da errore medico in quanto l'interesse tutelato rientra nella previsione dell'art. 2059 Codice civile”⁹⁷.

Dunque, tra i vari danni previsti dalla legge è possibile rintracciare le coordinate del diritto di autodeterminazione. Tuttavia, la comprovata lesione di tale diritto, benché di rango costituzionale, non necessariamente può dare luogo al risarcimento, in particolare se manca un effettivo pregiudizio alla salute del paziente.

⁹⁵ Tribunale Milano, sez. V civile, sentenza n. 3520 del 29/03/2005.

⁹⁶ Corte di Cassazione sentenza n. 5444 del 14/03/2006.

⁹⁷ Corte di Cassazione sentenze nn. 8827/03 e 8828/03.

È infatti lo stesso paziente a dover dimostrare l'esistenza del danno di cui chiede il ristoro, nonché a dover provare che tale pregiudizio sia conseguenza normale, seppur indiretta, del mancato obbligo di informazione da parte dei sanitari.

2.4. La risarcibilità del principio di autodeterminazione nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Cassazione

La lesione del diritto di autodeterminazione è stato oggetto di numerose pronunce della Suprema Corte in particolar modo come danno prodotto sul soggetto in virtù di un *deficit* informativo nei casi di obbligo del consenso informato. Il danno informativo è stato difatti concordemente ritenuto fonte del risarcimento del danno poiché il soggetto è danneggiato nella libertà di autodeterminazione. È evidente che “collocando in ambito precontrattuale il dovere di informazione si attribuisce ad esso rilievo autonomo, e si riconosce così al creditore della prestazione medica un bene ulteriore cioè l'autodeterminazione al trattamento sanitario costituzionalmente prevista dall'articolo 32 Cost., a tutela del quale agire per il solo fatto di non essere stato informato, a prescindere dalla ricorrenza di una lesione alla salute”⁹⁸. In questo caso dunque l'obbligo informativo sarebbe risarcibile ex-articolo 2043 e si tratterebbe di un obbligo di protezione indipendente da quello di prestazione. La più recente giurisprudenza, al contrario, iscrive l'obbligo informativo nell'ambito contrattuale.

Una prima tesi individua l'obbligo *de quo* come accessorio alla prestazione contrattuale e in questo modo strettamente connesso ad essa. Un secondo orientamento della giurisprudenza attribuisce, invece, all'obbligo informativo importanza contrattuale autonoma, ritenendolo non collegato al procedimento di formazione e al procedimento di esecuzione del contratto.

⁹⁸ Corte di Cassazione, III Sez. Civile, sentenza n. 10014 del 25/11/1994, Corte di Cassazione sentenza n. 9705 del 6/10/1997, Corte di Cassazione sentenza n. 3599 del 18/04/1997.

Nello specifico l'obbligo informativo "da un lato sarebbe indipendente dall'obbligo di prestazione in quanto esplicazione del diritto all'autodeterminazione in relazione alla salute di cui agli articoli 2, 13 e 32 Cost., dall'altro avrebbe natura contrattuale inserendosi nell'ambito di una relazione negoziale già instauratasi con la prestazione dell'attività diagnostica, e che successivamente si evolve nella prestazione terapeutica"⁹⁹. La violazione dell'obbligo del consenso informato rappresenterebbe così origine autonoma di responsabilità in ogni caso in cui la terapia determini un peggioramento delle condizioni di salute del paziente al di là della situazione che il trattamento sia stato attuato in maniera corretta oppure no. Resta però da stabilire se l'onere probatorio sia in capo al medico o in capo al paziente. Sul questo punto la Cassazione, Sez. Terza Civile, ha stabilito, con la sentenza n. 7027/2001, che "nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, e non anche l'inadempienza dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare, provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta"¹⁰⁰.

La stessa Cassazione nella sentenza n. 7027/2001 ha comunque aggiunto che «il dovere di informazione, derivando da una norma di rilevanza costituzionale volta a tutelare un diritto primario della

⁹⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 6464 del 14/07/1994; si veda anche Tribunale Milano, sez. V civile, sentenza n. 3520 del 29/03/2005.

¹⁰⁰ La Suprema Corte ha così messo in luce che la presunzione "non opera allorché siano dedotti non già l'inadempimento dell'obbligazione, ma l'inesatto adempimento o la violazione di un obbligo accessorio quale, ad esempio, l'obbligo di informazione la cui prova incombe al deducente".

persona, non può non avere, per ciò stesso, nella complessiva struttura negoziale, natura e dignità autonome con autonoma rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, nel caso d'inadempimento». In particolar modo la Cassazione ha inoltre affermato nella sentenza n. 5444/2006 che «l'obbligo del consenso informato è del tutto autonomo rispetto alla riuscita del trattamento sanitario, e perciò il medico, che abbia ommesso di raccogliere il consenso informato, incorre in responsabilità anche se la prestazione sanitaria viene eseguita in concreto senza errori».

La posizione della giurisprudenza si spiega tenendo presente che un intervento invasivo produce sempre delle lesioni al paziente.

Se l'informativa è deficitaria o incompleta manca il consenso: le lesioni non sono autorizzate. Con la sentenza n. 5444/2006 il Giudice Supremo ha aderito all'orientamento, ormai dominante in giurisprudenza, che considera l'obbligo informativo avente valore costituzionale, la cui violazione è risarcibile.

Nella motivazione della sentenza la Corte ha stabilito che «la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dall'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, con la conseguenza che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione dell'articolo 13 e 32 comma secondo della Costituzione e dell'articolo 33 della legge 833/78».

Sul punto relativo al tipo di responsabilità invocabile, se contrattuale o extracontrattuale, la Cassazione, con la sentenza n. 5444/2006, non stabilisce il tipo di danno in quanto non oggetto di *petitum*, ma conferma la decisione del giudice di merito di risarcire il danno morale. Infatti al di là dell'analisi del tipo contrattuale, se l'obbligo informativo abbia natura accessoria o strumentale (ovvero essenziale), il soggetto potrà comunque avere un risarcimento danni *ex* articolo 2059 Codice Civile¹⁰¹.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 5444/2006 è solo una delle numerose sentenze del Supremo Giudice sulla questione. Altro provvedimento della Cassazione sulla risarcibilità del danno per mancanza di consenso informato è la sentenza n. 19220/2013. Anche in tale pronuncia la Corte ha ribadito che il consenso informato costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario e in assenza di quest'ultimo l'intervento del medico è certamente illecito, anche laddove fosse praticato unicamente nell'interesse del paziente.

Si tratta di una scelta valoriale nell'attuarsi del rapporto tra medico e paziente, nella misura in cui tale rapporto deve dare priorità prima ai diritti del soggetto oggetto di cura e alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica e poi ai doveri del medico. La sentenza analizzata richiama in commento anche la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 438 del 2008, ove si dice «che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'articolo 2 della Carta costituzionale, che ne tutela e promuove i diritti

¹⁰¹ Corte Costituzionale sentenza n. 233/03.

fondamentali, e negli articoli 13 e 32 della medesima Carta, i quali stabiliscono, rispettivamente, che la libertà personale è inviolabile, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”». Inoltre, il Giudice richiama le numerose normative nazionali che disciplinano specifiche attività mediche e ritengono il consenso informato elemento imprescindibile¹⁰². La Corte di Cassazione anche in tale pronuncia ha ribadito «che ogni individuo ha il diritto di essere curato e allo stesso modo ha il diritto di ricevere le opportune informazioni, in ordine alla natura e alle possibilità del percorso terapeutico cui può essere sottoposto», e ha il diritto di ricevere le informazioni, sulle eventuali terapie alternative, che devono essere le più esaurienti possibili per far porre in essere una libera e consapevole scelta da parte del paziente stesso e quindi attuare la sua libertà personale, conformemente all'articolo 32 della Costituzione, comma 2, e allo stesso modo di mettere in atto la propria capacità di autodeterminarsi.

La responsabilità del sanitario per violazione dell'obbligo del consenso informato, per la Corte, dipende sia dalla condotta omissiva realizzata per adempimento dell'obbligo di informazione in base alle conseguenze del trattamento che possono essere previste alle quali il paziente deve essere sottoposto, sia dal realizzarsi, per l'esecuzione del trattamento stesso, di un peggioramento delle condizioni di salute del paziente.

Non ha invece per la Suprema Corte alcuna rilevanza per, l'esistenza dell'illecito per lesione del consenso informato, la situazione che il trattamento sia stato realizzato correttamente o meno.

¹⁰² La Legge n. 219 del 21/10/2005, articolo 3, *Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*, la Legge n. 40 del 19/02/2004, articolo 6, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, la Legge n. 833 del 23/12/1978, articolo 33, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*.

Difatti in base a tale profilo ciò che risulta rilevante è che “il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica”¹⁰³.

La sentenza inoltre ha rafforzato la corrente giurisprudenziale che precisa come la sottoscrizione dei moduli non consenta al sanitario di non fornire al paziente le obbligatorie informazioni verbali, informazioni che devono essere comprese dallo stesso in base al livello culturale ed intellettuale ed in aggiunta, al di là degli interventi di routine, il sanitario può incorrere in responsabilità laddove il modulo contenga “indicazioni generiche e non siano inserite postille che tengano conto delle peculiarità della patologia dell’assistito e della connessa terapia”¹⁰⁴.

La centralità del consenso informato ai fini della liceità del trattamento medico chirurgico e l’importanza degli obblighi informativi gravanti sul medico, hanno indotto giurisprudenza e dottrina a interrogarsi sulla natura della responsabilità relativa alla violazione degli obblighi di informativa in campo medico e sull’onere della prova.

Se la responsabilità per omessa informativa del medico si configura «indipendentemente dalla valutazione della diligente esecuzione della prestazione medica» e «indipendentemente dall'esito peggiorativo dell'intervento praticato deve porsi in risalto la conseguente problematicità del quantificare il risarcimento di tale omissione».

¹⁰³ Corte di Cassazione sentenza n. 20984 del 27/11/ 2012, n. 20984; Corte di Cassazione sentenza n. 16543 del 28/07/2011.

¹⁰⁴ Tribunale di Milano, sez. V, 29/03/2005, n. 3520, in Resp. civ. e prev., 2005, p. 751.

Dunque non vi è dubbio che la violazione del consenso informato costituisce fonte di autonoma pretesa risarcitoria¹⁰⁵.

Appare ora granita la giurisprudenza per cui la mancanza di valido consenso informato determina comunque “il risarcimento del danno sia per la privazione o la compromissione della libertà di autodeterminazione del paziente che comporta quasi sempre una conseguenza pregiudizievole nella sfera dell’individuo, sia per l’eventuale ed ulteriore pregiudizio al completo stato di benessere fisico, mentale e sociale”¹⁰⁶.

Con la sentenza n. 12205 del 2015 la terza sezione della Cassazione civile ha rianalizzato la problematica del *consenso informato* per rimodificare una decisione della Corte d’appello de L’Aquila (n. 820/2011) e ha chiarito la struttura della condizione dannosa conseguente a procedure mediche. Il Supremo giudice ha precisato alcuni concetti che sono frutto di un’imprecisione teorica.

La sentenza della Corte d’appello appariva influenzata dai precedenti giuridici, per i quali “non è l’inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale [...] se non sussiste un rapporto causale tra l’aggravamento delle condizioni del paziente o l’insorgenza di nuove patologie e l’intervento sanitario, non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno”¹⁰⁷. Così il danno-conseguenza da *omesso consenso informato* veniva identificato nella sola lesione dell’integrità

¹⁰⁵ Corte di Cassazione, Civile Sez. III, sentenza n. 2253 del 31/01/2013.

¹⁰⁶ Corte di Cassazione sentenze nn. 8827 e 8828 del 31/05/2003, in Corr. giur., 2003, p. 1017, con nota di FRANZONI; Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 6572 del 24/03/2006, in Resp. civ. prev., 2007, p. 839.

¹⁰⁷ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 14638 del 30/07/2004, in Giur. it., 2005, p. 139.

psicofisica del paziente, per cui la sua risarcibilità rimaneva condizionata «all'aggravamento delle condizioni di salute del paziente», pur precisandosi come fosse “del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno”¹⁰⁸.

La decisione della Corte d'appello rigettava una richiesta di risarcimento in base al principio per cui «la prestazione sanitaria era stata eseguita con diligenza, prudenza e perizia, non essendovi alternativa all'intervento chirurgico prescelto ed essendo stato lo stesso condotto con esito pienamente positivo, consistente nella totale guarigione della paziente», sebbene attuata in mancanza di un qualunque tipo di consenso. Nel caso specifico il medico aveva edotto la paziente e ricevuto il suo consenso su un intervento chirurgico di «asportazione di una cisti ovarica». Tale consenso era stato fornito sulla base di un referto istologico che aveva portato a stabilire una diagnosi di adenocarcinoma. Successivamente il chirurgo aveva eseguito un intervento completamente diverso, e molto più invasivo («una laparotomia, una isterectomia totale, una anessectomia bilaterale, una appendicectomia ed omentectomia»). Quest'ultimo era stato realizzato senza informare la paziente ed ottenerne un nuovo consenso specifico per tale intervento che era stato eseguito in maniera corretta ed aveva determinato la salvezza della paziente. Il realizzarsi dell'intervento aveva però determinato l'esportazione di diversi organi interni e la conseguente definitiva esclusione della capacità riproduttiva della donna, e proprio tale diretta conseguenza, non era stata oggetto di

¹⁰⁸ Corte di Cassazione, civ.sez. III, sentenza n. 5444 del 14/03/2006, in DeG – Dir. e giust. 2006, p. 589.

consenso della paziente (anche se inevitabile da un punto di vista tecnico).

Per questi motivi la Corte territoriale aveva escluso che le menomazioni potessero essere una conseguenza dannosa immediata e diretta della condotta inadempiente dei sanitari interessati. Non era stato causato difatti un peggioramento dello stato di salute della donna, piuttosto un suo miglioramento, nonostante fosse stata causata una menomazione della sua integrità psico-fisica indispensabile ai fini della guarigione della stessa.

Per la Corte di Cassazione, però, il rigetto della domanda risarcitoria deciso dai Giudici dell'Aquila è apparso come un errore, data l'errata ricostruzione della struttura della fattispecie di illecito, sia esso contrattuale o extracontrattuale, che si realizza sempre anche in caso di omissione del consenso informato.

In dottrina e in giurisprudenza è comunque acceso il dibattito relativamente alla responsabilità medica dopo l'entrata in vigore dell'articolo 3 del d. l. n. 214/2012 (cosiddetto Decreto Balduzzi). La Corte Suprema ha stabilito che la norma non escluda la responsabilità medica in termini contrattualistici¹⁰⁹. In base a tale osservazione bisogna segnalare che proprio la configurazione del dovere informativo del medico in termini di obbligazione contrattuale "è stato uno dei

¹⁰⁹ Corte di Cassazione civ., sez. VI, sentenza n. 8940 del 17/04/2013, in Resp. Civ. e Prev., 2014, 3, p. 803; Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 4030 del 19/02/2013, in Guida al diritto, 2013, 17, p. 25. Non poche voci contrarie a tale impostazione si sono però levate in dottrina: A. POTETTI, Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3, comma 1) e G. CARBONE, La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi, in Danno e resp., 2013, p. 378.

pilastri sui quali la giurisprudenza ha costruito ed affinato, nel tempo, la fattispecie del danno da omesso consenso informato”¹¹⁰.

Per la Corte l’obbligo gravante sul medico e sulla struttura in cui questi operi è “un obbligo contrattuale [...] perché è funzionale al corretto adempimento della prestazione professionale, pur essendo autonomo da esso”¹¹¹. Si tratta quindi “di un’obbligazione tipica del contratto stipulato dalla struttura sanitaria ovvero di un obbligo comunque inerente a quel contatto sociale che la giurisprudenza pone a fondamento delle obbligazioni che gravano sul medico operante in quest’ultima, secondo un orientamento ormai univoco”¹¹².

La giurisprudenza di Cassazione ha quindi unilateralmente stabilito che “l’omessa acquisizione del consenso del paziente ovvero l’acquisizione di un consenso viziato da un’informazione insufficiente si traduce in un inadempimento contrattuale che grava sul paziente stesso, in quanto parte adempiente”¹¹³. Il paziente danneggiato potrà comunque agire contro medico e struttura a titolo di responsabilità aquiliana¹¹⁴. La Corte Suprema ha individuato il contenuto del *danno risarcibile* riferendosi alle nozioni della perdita e del lucro cessante, citati dall’art. 1223 c.c., relativamente al danno patrimoniale.

¹¹⁰ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 20984 del 27/11/2012, in Giust. Civ. Mass., 2012, 11, p. 1337.

¹¹¹ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 20806 del 29/09/2009, in Ragiusan, 2010, 315-316, p. 244; In dottrina: S. CALLIPARI, Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria, Milano 2012, p. 128; T. BORRETTA, Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova, in Resp. civ. e prev., 2014, p. 906; M. MONTANARI, L’inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato, in Danno e resp., 2012, p. 631.

¹¹² Corte di Cassazione, civ. Sez. III, sentenza n. 20547 del 30/09/2014, in Giust. Civ. Mass., 2014, p. 321.

¹¹³ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 2847 del 9/02/2010, in Giust. civ. Mass., 2010, 2, p. 174.

¹¹⁴ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 16123 del 17/07/2006, in Resp. civ. e prev., 2007, 1, p. 56.

Si può poi osservare che sebbene il danno da omesso consenso informato può determinare anche effetti pregiudizievoli di natura patrimoniale, le maggiori conseguenze dell'omissione del consenso quale lesione del diritto all'autodeterminazione, ovvero di quello alla salute, causano un danno prettamente di natura non patrimoniale che genera, solo eventualmente, anche pregiudizi di contenuto patrimoniale qualora sussista una menomazione dell'integrità psicofisica con pregiudizi in termini di spese¹¹⁵. Esso può causare la lesione non solo del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma in alcuni casi pure quello alla salute. Il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e il danno alla salute sono, tuttavia, strutturalmente autonomi e differenti¹¹⁶.

L'esecuzione di un'operazione medica in assenza di consenso informato, causa una lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, ma non determina direttamente e in maniera automatica anche una lesione al suo diritto alla salute. Questo può accadere se l'attività terapeutica realizzi un peggioramento del soggetto che non sempre si compie, al contrario spesso può determinarne la guarigione o comunque un miglioramento dello stato complessivo di salute.

È falso credere che per l'attuarsi di un danno alla salute risarcibile occorra un peggioramento connesso all'atto medico. Questa impostazione risulta giuridicamente sbagliata in quanto, sulla scorta di

¹¹⁵ Cfr. M. AIELLO, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in Resp. civ. e prev., 2010, p. 1772.

¹¹⁶ Cfr. P. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; F. CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico*, in Danno e resp., 2013, 7, p. 752.

quanto già affermato, l'illecito o l'inadempimento è potenzialmente plurioffensivo, pertanto il non aver aggredito il diritto alla salute del paziente non esclude che possa essere stato leso il suo diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Per constatare la possibile lesione di anche uno solo dei due diritti, senza che l'atto medico comporti necessariamente la duplice lesione, è sufficiente affermare la diversità dei due beni giuridici protetti dagli anzidetti, senza porre in atto l'operatività del «principio della *compensatio lucri cum damno*».

Un peggioramento delle condizioni di salute del soggetto potrà, invece, portare alla configurazione della cosiddetta responsabilità medica. Qualora infatti venga posto in essere un danno-conseguenza da lesione del diritto alla salute per effetto di un atto medico non consentito, vane saranno le eccezioni relative all'ineccepibilità tecnica dell'operante, non dovendosi ricondurre l'esito infausto dell'atto terapeutico al novero delle complicanze prevedibili e non evitabili; la struttura sanitaria dovrà rispondere, pur se non ad essa imputabile, a titolo di *responsabilità medica* propriamente intesa. È la mancanza di consenso, e non il fatto di aver effettuato l'intervento in modo imperito, negligente o imprudente, a costituire la *conditio sine qua* non del peggioramento delle condizioni di salute del paziente chiamando così in causa la responsabilità civile della struttura sanitaria e naturalmente del medico stesso. Dunque è sull'operatore medico che in questo modo viene a gravare il rischio delle complicanze a lui non imputabili, ma prevedibili, derivanti da un intervento non consentito, “in difetto di «consenso informato» da parte del paziente, l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze

negative che ne siano derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione"¹¹⁷. Pertanto l'esito "dell'atto medico sulla salute del paziente non esercita alcuna influenza sulla lesione del suo diritto all'autodeterminazione terapeutica, sicché questa non può reputarsi esclusa dalla guarigione del paziente o dalla mancanza di conseguenze peggiorative del suo stato di salute"¹¹⁸.

La sentenza analizzata mette dunque in luce la lesione del diritto all'autodeterminazione in seguito ai danni-conseguenza chiarendo che «il bene tutelato con riferimento al procedere senza acquisizione del consenso informato è la libertà di autodeterminazione circa il proprio stato psico-fisico», e cioè il diritto ad una «consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico», inteso «quale vero e proprio diritto della persona», come tale tutelato dagli articoli 2, 13 e 32, comma secondo, della Costituzione¹¹⁹. La sentenza esemplifica diversi tipi di pregiudizi rifacendosi a quelli già indicati dalla citata Cassazione Civile (sentenza n. 2847/2010), come «il caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere, così come il turbamento e la sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad un atto terapeutico dal verificarsi di

¹¹⁷ Corte di Cassazione, civ., sentenza n. 2847/2010 citata in P. IADECOLA e L. BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie, profili penali e civili*, Milano 2009, p. 11.

¹¹⁸ Corte di Cassazione, civ., sentenze nn. 11950/2013, 20547/2014 citate in: V. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano 1998.

¹¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 438 del 23/12/2008, in *Giur. cost.*, 2008, 6, p. 4945, con note di BALDUZZI, PARIS, MORANA, CORAGGIO; Corte Costituzionale sentenza n. 253 del 30/7/2009, in *Giur. cost.*, 2009, 4, p. 3474. Quanto alla giurisprudenza di legittimità, si veda, ex multis: Corte di Cassazione, civ., sez. III, sentenza n. 16543 del 28/7/2011, in *Giust. Civ.*, 2013, 5-6, p. 1169.

conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate», e ad altri ancora.

La Cassazione Civile, nella sentenza n. 2847/2010, ha chiarito che come «condizione di risarcibilità di tal genere di danni-conseguenza di natura non patrimoniale fosse la loro eccedenza rispetto alla soglia della gravità dell'offesa», così come stabilito, in linea generale, dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, «per garantire bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza».

I pregiudizi esistenti dunque di minima entità rispetto “alla coscienza sociale in un determinato momento storico”¹²⁰, per la Cassazione, non sono risarcibili.

Al contrario laddove sussistano conseguenze pregiudizievoli di entità da essere superiori alla cosiddetta *soglia*, queste assumono “rilievo ai fini risarcitori, benché non sussista lesione della salute”¹²¹, e ciò proprio in relazione all'autonomia ed alla rilevanza costituzionale del “diritto all'autodeterminazione in sé stesso considerato”¹²². Tali considerazioni della Cassazione, dunque, chiariscono la problematica in oggetto, cioè che possono esservi danni risarcibili anche nell'ipotesi che l'atto medico non consentito non abbia causato danno alla salute del paziente. La possibilità che il danno alla salute determini, solo eventualmente, un peggioramento dello stato del soggetto comporta che lo stesso non rappresenti l'evento dannoso in sé ovvero l'inadempimento tipico della fattispecie, che è costituito comunque dal compimento dell'atto medico non consentito, ma costituisce solo una eventuale conseguenza.

¹²⁰ Corte di Cassazione, civ., sentenza n. 2847/2010.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*.

Per quel che concerne la prova della relativa azione di responsabilità contrattuale si applica il principio per cui “il paziente che agisce in giudizio deducendo l’inesatto adempimento dell’obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l’inadempimento del professionista, restando a carico dell’obbligato l’onere di provare l’esatto adempimento da che si applicherà pertanto a quella che, nella fattispecie in esame, è la prestazione rimasta inadempita, vale a dire quella relativa al menzionato obbligo informativo, di cui il paziente potrà limitarsi ad allegare l’inadempimento, salva la facoltà del medico e/o della struttura di provare di averla esattamente eseguita”¹²³.

L’onere di allegare e provare il peggioramento dello stato di salute come il nesso causale relativo è compito del paziente in quanto “benché il creditore della prestazione, in caso di inadempimento contrattuale, non sia gravato dell’onere di provare quest’ultimo, egli è pur sempre onerato della prova del danno e del nesso causale fra inadempimento ed evento dannoso”¹²⁴.

Allo stesso modo accadrà “per i danni-conseguenza derivanti dalla lesione del diritto all’autodeterminazione terapeutica, quali si sono dianzi esemplificati. Pure in questo caso sarà onere del contraente adempiente, vale a dire del paziente, allegare con precisione e provare, anche presuntivamente, le conseguenze pregiudizievoli subite a causa della lesione dell’anzidetto diritto”¹²⁵.

¹²³ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 22222 del 20/10/2104.

¹²⁴ Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 12961 del 14/06/2011, in Resp. civ. e prev., 2011, 10, p. 2039.

¹²⁵ Corte di Cassazione, civ. sez. un., sentenza n. 9556 del 1/07/2002, in Giust. civ., 2003, I, p. 2195.

Altra problematica rilevante è quella relativa alla prova del nesso di causalità «tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento», per la quale, come ha sottolineato la Cassazione civile nella sentenza n. 2847/2010, come in ogni altro caso di ipotesi di responsabilità da condotta omissiva, è necessario operare una «valutazione controfattuale ipotetica», per comprendere «se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta», così da provare il nesso di causalità¹²⁶.

In tale specifica ipotesi «l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico é poi derivato». Per poter realizzare tale valutazione «deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso non avrebbe comunque evitato l'evento»¹²⁷. Per stabilire la risarcibilità del danno-conseguenza per la lesione del diritto alla salute il danneggiato deve allegare e provare anche in maniera presuntiva che, se fosse stato informato adeguatamente, avrebbe rifiutato il trattamento terapeutico attuato in mancanza del suo consenso informato.

Le sentenze della Cassazione sembrano far ritenere necessaria una valutazione di questo tipo esclusivamente ai fini dell'accertamento del solo danno della lesione della salute, e non dell'autodeterminazione.

¹²⁶ Cfr. Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 7237 del 30/03/2011, in *Dir. e Giust. online*, 2011; Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 3847 del 17/01/2011, in *Guida al diritto*, 2011, 14, p. 42, con nota di MICALI; Corte di Cassazione, civ. sez. III, sentenza n. 11950 del 16/05/2013, in *Guida al diritto*, 2013, 33, p. 57.

¹²⁷ Corte di Cassazione, civ., sentenza n. 2847/2010.

Per quanto attiene al giudizio controfattuale i presupposti sono costituiti da una parte dall'agire del medico e dall'altra dall'evento. Così, una volta che, la valutazione abbia esito non positivo perché il paziente ha mancato di allegare e provare che, se gli fosse stata fornita una adeguata informazione avrebbe negato l'attuazione del trattamento terapeutico realizzato all'atto pratico, tutte le conseguenze pregiudizievoli successive a quell'evento, ossia a quell'inadempimento, debbono ritenersi non risarcibili per assenza del nesso di causalità. Allo stesso modo anche i danni-conseguenza riguardanti la lesione del diritto all'autodeterminazione, ritenuti possibili tra i danni risarcibili, ugualmente a quelli inerenti alla lesione del diritto alla salute: difettando del nesso di causalità nessun danno potrà essere risarcito laddove richiesto.

Sembra dunque potersi affermare che la struttura dei danni da omissione del consenso informato può essere individuata considerando da un lato la natura dell'inadempimento o dell'illecito realizzato, e dall'altro della forma offensiva della mancanza o illecito, poiché atto a danneggiare sia il bene giuridico protetto dal diritto all'autodeterminazione terapeutica, sia quello protetto dal diritto alla salute. Tali diritti possono essere lesi anche qualora venisse realizzata una prestazione medica adeguata, e in quanto costituzionalmente tutelati sono suscettibili di un possibile risarcimento del danno non patrimoniale (ex art. 2059 C.c.).

Una volta che sia posto in essere l'inadempimento, o evento dannoso, potranno essere risarciti solo i danni-conseguenza. Questi sono costituiti dai pregiudizi che possono venir ad esistenza dopo la lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica e dalla menomazione

dell'integrità psico-fisica del soggetto, oltre che nelle sue eventuali diminuzioni patrimoniali che il danneggiato abbia allegato e provato in base al regime probatorio di ogni tipologia di danno. La mancanza di un danno alla salute inoltre non farà cessare la possibilità di una risarcibilità dei pregiudizi posti in essere per la lesione del bene giuridico dell'autodeterminazione terapeutica che il paziente abbia allegato e provato nei termini enunciati.

2.5 L'autodeterminazione nei soggetti con capacità d'agire limitata: la volontà del minorenni

La scelta del minore relativamente alle decisioni riguardanti i trattamenti sanitari da operarsi sullo stesso si colloca nella problematica relativa alla capacità giuridica del soggetto in questione. La disputa nasce, in particolare, rispetto alla possibilità che il giudice espropri, ai tutori, il diritto di decidere della salute di altro soggetto ritenuto incapace. La giurisprudenza italiana su tale questione è abbastanza recente. La legislazione, come detto in precedenza, ha invertito il rapporto medico-paziente ed ha iniziato a considerare come valido il diritto di parola, se non proprio l'autonomia del minore. Tutto ciò si sta realizzando sullo sfondo di un aumento degli interventi dell'autorità giudiziaria minorile sul controllo dell'esercizio della potestà genitoriale, in aree da sempre considerate conflittuali.

La magistratura minorile ha individuato, nel criterio orientativo dell'autodeterminazione dei minorenni, un principio di direzione nella soluzione dei contrasti in relazione alla salute e ai trattamenti che possono interessare detti soggetti. Si è espressa inoltre sulla capacità di autodeterminazione, anticipandola a fasce di età molto basse. Oggetto di conflitto giurisprudenziale sono state le problematiche riguardanti casi di malattia molto grave seguita a prognosi incerta, rispetto ai quali la magistratura minorile si è pronunciata e in modo particolare sulla spinosa questione inerente il contrasto tra la volontà genitoriale e quella dei medici in relazione all'opportunità, o meno, di sottoporre il minore a specifici programmi terapeutici.

Il principio di autodeterminazione ha operato in modo significativo tutte le volte che i giudici non hanno provveduto alla limitazione della potestà genitoriale.

La giurisprudenza, nel motivare le decisioni, ha fatto esplicito riferimento a ragioni quali, ad esempio, l'equivalenza dei trattamenti sanitari e dando spazio alla volontà genitoriale, o comunque al comportamento educativo complessivo dei genitori, in casi in cui c'era una non certezza degli effetti delle cure.

In molte altre sentenze è stata data, invece, rilevanza alla volontà del minore; dubbio è però se tale rilevanza nelle decisioni equivalga ad una sorta di riconoscimento del principio di autodeterminazione. L'autodeterminazione difatti comporta che le decisioni riguardanti i trattamenti sanitari debbano essere prese da chi vi è destinato e al contrario che nessuno può essere sottoposto ad un trattamento senza il suo consenso. Ciò esclude che “possa parlarsi di autodeterminazione, quando non è prevista o non è possibile in base al sistema giuridico la manifestazione del consenso informato da parte del paziente. Infatti, il consenso informato da parte di un soggetto che non deve subire sul proprio corpo l'intervento sanitario, ancorché sia investito in generale della funzione di rappresentanza del minore e sia a lui legato da una relazione affettiva importante come quella che lega un genitore ad un figlio, è esercizio di un potere-dovere di cura nei confronti dell'altro, non è autodeterminazione del paziente ma è eterodeterminazione. In altre parole, quando il genitore manifesta il consenso informato al trattamento sanitario sul figlio, non rappresenta in senso giuridico la volontà del figlio, anche se la può rappresentare di fatto, nella misura in cui il suo consenso o dissenso coincide con la volontà del figlio, non

agisce in nome e per conto del figlio, ma esercita un potere che gli compete in proprio”¹²⁸.

Il punto dovrebbe essere abbastanza chiaro, ma, al contrario, spesso si confonde l'autodeterminazione al trattamento sanitario e la libertà educativa del genitore, quasi come se l'attuazione della libertà di scelta terapeutica e la libertà delle cure coincidessero con l'autodeterminazione del minore. Un equivoco, nato, ad esempio, rispetto alle vaccinazioni. È possibile attribuire un significato debole all'autodeterminazione facendolo corrispondere con la potenziale decisionalità della volontà adesiva o meno del paziente minorenne nel processo decisionale medico. Si potrebbe ritenere un'autodeterminazione in senso debole del minorenne rispetto ai trattamenti sanitari qualora non si fosse attuato un processo di individualizzazione del minore nel contesto della famiglia che però trova opposizione nella concezione di proprietà del rapporto di filiazione. Un processo contrastato dal principio solidaristico che si attua nei confronti dei minori con metodi di protezione e di tutela molto invadenti. L'indipendenza passa inevitabilmente dal processo di crescita dell'uomo che comporta, per un lungo periodo di tempo, un rapporto simbiotico con entrambe le figure genitoriali.

Attualmente però il minore diventa sempre più soggetto e non oggetto di diritti, che però è altro e differente rispetto all'esercizio di potere decisionale nei suoi confronti.

Nel settore del trattamento dei dati relativi alla salute è da rilevare che l'articolo 23, 1 quater, Legge 675/96, stabilisce che «in caso di

¹²⁸ La decisione appartiene al giudice tutelare di Milano in due casi, che riguardavano il ricovero in reparto ospedaliero psichiatrico di un minorenne (decreti del 18/9/82 e 7/1/83, in "F. it.", I, p. 3066).

incapacità di agire, ovvero di impossibilità fisica o di incapacità d'intendere e di volere, il consenso è manifestato, rispettivamente, da chi esercita legalmente la potestà ovvero da un familiare, da un prossimo congiunto, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimori».

Nel diritto internazionale invece prolifica è la creazione di principi relativi a particolari categorie di soggetti quali i minorenni.

Nello specifico diritto alla salute dei minori comunque i riferimenti sono ancora scarsi e generici, ad esempio la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, art. 25, la Dichiarazione dei diritti del fanciullo, 1959, principio quarto. La Convenzione sui diritti del fanciullo, dell'ONU, 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con la Legge 176/91, costituisce un punto di riferimento nella tutela internazionale dei diritti del minore, ma se il diritto è solo esplicitato, nulla è detto sui modi di esercizio dello stesso come nella Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, nota come Convenzione di Oviedo, del 1997, art. 6, 2 e 3.

La Convenzione sui diritti del fanciullo riconosce al minore innumerevoli diritti. Tra tutti questi, di nota, il diritto attribuito, all'articolo 12, al fanciullo di esprimere «liberamente la sua opinione, su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità». Laddove, tuttavia, tale opinione debba essere enunciata in un procedimento giudiziario, l'esercizio diretto e personale di tale opinione non è sicuramente previsto, perché gli Stati possono prevedere un rappresentante o un organo deputato con l'obbligo di esprimere l'opinione del minore.

Tutto ciò è stabilito anche dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini di Strasburgo, del 1996 (art.1), sebbene poi imponga che il bambino dotato di sufficiente discrezionalità ha il diritto «di ricevere tutte le informazioni pertinenti ai procedimenti giudiziari in cui sia coinvolto, di essere consultato ed esprimere la propria opinione e di essere informato sulle possibili conseguenze di ogni decisione».

Soltanto la citata Convenzione di Oviedo (art. 6) in relazione ai trattamenti sanitari sui minorenni afferma che «il parere del minore è preso in considerazione come un fattore sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità». La volontà del minore, dunque, è rilevante ma non decisiva.

Al di là delle singole norme internazionali, la base di ogni possibile decisione rimane la clausola sul migliore interesse del minore, clausola generale che impone la realizzazione del migliore interesse del minore come fondamento di ogni comportamento, canone interpretativo-risolutivo nelle situazioni che riguardano i soggetti minori. In base a tale clausola l'autodeterminazione viene attribuita al minorenne se coincide, per i genitori, per i medici e, in un successivo ed eventuale momento, per la magistratura, al suo migliore interesse. Per tali motivi l'autodeterminazione è debole, eventuale, condizionata.

La clausola generale dell'interesse minorile è così vasta da essere però alquanto generica. I riferimenti normativi all'interesse del minore, quale principio regolatore dei rapporti che lo riguardano, sono innumerevoli. Basti pensare all'articolo 3 della Convenzione ONU del 1989, che è legge dello Stato italiano, nel quale è stabilito che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità

amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». La disposizione appare, però, non del tutto chiara poiché, solo quando corrisponde al migliore interesse del minore, il riconoscimento dell'autodeterminazione è determinante.

Altra disposizione rilevante è l'articolo 30 della Costituzione Italiana in cui è previsto il diritto-dovere «di istruire, educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli». Il rimando alle capacità potrebbe diventare un mezzo per orientare il giurista nella considerazione dell'autodeterminazione del minore rispetto ai trattamenti sanitari.

Tuttavia la realizzazione dell'interesse del minore comportata anche decisioni ed azioni di protezione benché queste comportino la sovrapposizione o la sostituzione della volontà del minore stesso. Il confronto tra interpretazioni diverse su cosa realmente debba costituire interesse per il minore comporta differenti modi di intenderlo: sono stati difatti ritenuti, come preponderanti, aspetti come la libertà, l'autonomia, la cura, la gestione della sua vita.

La sostituzione della volontà del minore con quella del tutore non trova un quadro giuridico di riferimento chiaro in quanto, non di rado, è richiesto un giudizio di bilanciamento o di prevalenza che viene attuato, a sua volta, attraverso altre valutazioni come quelle etiche, scientifiche, psico-pedagogiche, deontologico-professionali, ideologiche.

La clausola generale dell'interesse del minore ingloba al suo interno sia bisogni di autonomia che istanze di protezione. In rapporto ai trattamenti sanitari si registra, infatti, il conflitto tra principio di autonomia e principio di beneficenza. È considerata rilevante la volontà

dissenziente del minore e del genitore in quanto esclude la strategia terapeutica condivisa che è elemento essenziale per il buon esito dell'intervento terapeutico. È fondamentale cercare di scoprire che cosa, concretamente, è in grado di rappresentarsi il minore relativamente al male ed alle sue cure, e ciò può avvenire a partire dalla considerazione di quali risorse, competenze intellettive e psico-affettive ed emozionali, appartengo in quel momento allo stesso. Una autodeterminazione di questo tipo è debole proprio perché rappresenta un diritto di resistenza più che un diritto di scelta e dunque necessita di un livello di capacità inferiore a quello richiesto per l'esercizio dell'autodeterminazione in senso forte e formale. Non meno problemi pone poi la questione dell'individuazione di chi debba valutare la competenza del minore a esprimere la sua volontà. In primo luogo il genitore, che in tal modo realizza la propria funzione educativa in base all'articolo 147 del Codice Civile, e poi il medico, sostenuto in eventualità da persone competenti, così da coinvolgere il minore nella decisione e nell'esecuzione del trattamento, e solo successivamente per valutarne il possibile dissenso. Nel caso in cui sussista ancora conflitto tra le parti solo allora potrà intervenire il giudice come ultima e definitiva istanza.

L'azione necessaria che tali soggetti devono attuare per comprendere la capacità del minore è quella di porsi in suo ascolto, mezzo indispensabile e fondante l'autodeterminazione. L'obbligo di ascolto del minore è prescritto dall'articolo 12 della Convenzione ONU per cui «gli Stati Parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in

considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. A tal fine si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale». Dalla disposizione si comprende che l'ascolto è volto all'esercizio del diritto del minore di esporre la propria opinione, che però non equivale a far valere la propria volontà, piuttosto a far in modo che la stessa (opinione) veicoli la propria volontà.

Se è chiaro che suddetta Convenzione non garantisce al bambino che *sia fatta la sua volontà*, è comunque particolarmente rilevante, all'interno di una dinamica processuale, che il bambino venga ascoltato. La Corte di Cassazione ha valutato contingente la prescrizione dell'ascolto. Ha annullato infatti un decreto di adottabilità, "perché il minore non era stato sentito nella procedura, benché si trattasse di un bambino che non aveva raggiunto l'età prevista dalla legge nazionale per essere obbligatoriamente ascoltato"¹²⁹.

Nei rapporti tra figli e genitori separati non affidatari, la Suprema Corte ha sempre ritenuto rilevante il rifiuto del figlio di incontrare il genitore e ha sempre ritenuto non possibile di attuazione l'obbligo di incontrarlo¹³⁰. Affinché le parole del minore abbiano un senso e una direzione è necessario che al minore sia ovviamente data un'informazione adeguata relativamente al problema. Dal modo in cui l'informazione sarà fornita, il bambino sarà in grado di esprimere, o

¹²⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 6899/97 (in Dir. Fam.Pers. 1998, p. 54) e Corte di Cassazione, sentenza n. 317/98, che fa espresso riferimento all'art.12 Convenzione ONU del 1989.

¹³⁰ In tale senso si veda, Corte di Cassazione, sentenza 317/98, in Dir.Fam.Pers.,1998, p. 168.

meno, una volontà precisa sulla questione che lo riguarda. La capacità di autodeterminarsi al trattamento sanitario è perciò diretta espressione anche della funzione, della competenza, di colui che informa ed ascolta il bambino, di come lo stesso comprenda le informazioni.

Il fondamento o la giustizia dell'autodeterminazione nei trattamenti sanitari è la non coercibilità degli stessi. Il trattamento sanitario che il paziente subisce, in questa fattispecie il minore, a prescindere dalla sua autodeterminazione, è sostanzialmente obbligato, e allo stesso modo quando un tribunale per i minorenni obbliga i genitori a sottoporre il figlio, non consenziente, ad un determinato trattamento sanitario.

In un sistema giuridico che ritiene valida l'autodeterminazione in senso debole del minore rispetto ai trattamenti sanitari, è possibile che la magistratura si pronunci in tale direzione rendendo così obbligatorio il trattamento stesso. Obbligatorietà che non corrisponde a coercibilità, coercibilità che può essere realizzata solo contrastando la forza dell'interessato.

La Corte Costituzionale, ad esempio, quando si è espressa in materia di vaccinazioni obbligatorie, nello stabilire l'incidenza sul diritto di autodeterminazione, previsto dall'articolo 13 della Costituzione, lo ha escluso con riguardo a bambini incapaci d'intendere di volere. Il caso in esame riguardava bambini molto piccoli, motivazione che può essere compresa; allo stesso tempo le ragioni però non sono condivisibili quando si tratta di minori capaci d'intendere e di volere, capaci di autodeterminarsi, in cui l'incidenza del diritto di libertà personale sembra sicura.

Un ostacolo giuridico evidente alla coercibilità del trattamento deriva dall'articolo 32 della Carta che stabilisce la coercibilità del trattamento

solo per disposizione di legge rinforzando indirettamente il principio di autodeterminazione, poiché l'obbligo di dovere procedere all'esecuzione coattiva solo per legge impone, di fatto, il rispetto dell'autodeterminazione.

Nel nostro ordinamento l'autodeterminazione debole del minore è dunque fondata, così come prevista dai diversi principi e regole del diritto internazionale ed europeo.

È difatti coerente sia con il processo di individuazione e soggettivazione del minore che si manifesta con l'individuazione di un numero sempre maggiore di diritti e nella previsione dell'esercizio di questi, sia con le decisioni della magistratura minorile italiana che lo ritiene sempre più determinante per l'interesse del minore stesso. In questa prospettiva, pertanto, la problematica relativa ai trattamenti sanitari per i minorenni dovrebbe essere assunta, da parte del legislatore, in una cornice normativa così che possano essere individuate regole di applicazione certe e chiare.

Cap III

Il principio di autodeterminazione in una prospettiva biogiuridica

3.1. L'individuazione dell'oggetto del biodiritto

L'oggetto del biodiritto può essere definito come: “lo studio sistematico dei principi giuridici che orientano la condotta umana, individuale e collettiva, nell'area delle scienze della vita e della cura della salute”¹³¹; il settore del diritto “che studia i problemi inerenti la tutela della vita fisica ed in particolare le implicazioni giuridiche delle scienze biomediche”¹³²; “il diritto riferito a nuove problematiche etiche e sociali che emergono con l'innovazione delle tecnologie applicate alla vita”¹³³; il diritto relativo “ai fenomeni della vita organica del corpo, della generazione, dello sviluppo, maturità e vecchiaia, della salute, della malattia e della morte”¹³⁴; “il diritto della ricerca e della prassi biomedica”¹³⁵.

¹³¹ Cfr. W.T. REICH, *Encyclopedia of Bioethics*, New York 1978.

¹³² Cfr. S. LEONE, S. PRIVITERA, *Dizionario di bioetica*, Roma 2004, p. 10.

¹³³ Cfr. C. VIAFORA, *Introduzione alla bioetica*, Roma 2006, pp. 8-9.

¹³⁴ Cfr. U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998, pp. 12-13.

¹³⁵ Cfr. E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, 2007, Roma, pp. 20-22.

“L’accelerazione delle innovazioni tecnologiche difatti , applicate alla vita umana, ha determinato la possibilità di agire, in modo diverso rispetto al passato, sull’inizio, la durata e la fine della vita. Se non si fosse verificata una coincidenza fra sviluppo scientifico e mutamento culturale, tale diritto non avrebbe avuto ragione d’essere e in virtù di tale caratteristica il suo oggetto è in continua evoluzione¹³⁶.

Gli attuali sviluppi scientifici permettono di modificare processi prima ritenuti naturalmente determinati. Un esempio estremo può essere considerata la possibilità, tramite la clonazione, di riprodurre un individuo geneticamente identico ad un altro. Appare, dunque, chiaro come il diritto, a seguito delle nuove possibilità offerte dalla tecnica, si sia trovato obbligato a considerare, come meritevole di tutela, un modello biologico in trasformazione, cercando definizioni, discipline e modelli nuovi, sviluppando in senso analogico formule e principi già suoi propri¹³⁷. L’avanzamento delle tecniche e delle scienze biomediche impone dunque all’ordinamento di ridefinire le sue categorie.

Basti pensare alla morte di un essere umano che oggi può essere, tramite gli sviluppi tecnologici, ritardata e contrasta modificando così l’accezione di morte sia in senso giuridico che medico. Quello che si sta delineando attualmente è una ricerca di tutela nei confronti del processo del morire, più che nell’evento *morte* convenzionalmente riconosciuto, evento inteso come lasso temporale in cui “a seconda delle riserve energetiche, le singole componenti dell’organismo perdono le loro qualità vitali, portando alla disgregazione complessiva dell’organismo stesso nella sua unità strutturale e funzionale”¹³⁸.

¹³⁶ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Roma 2012, p. 23.

¹³⁷ Cfr. Ivi, pp. 25-27.

¹³⁸ Cfr. Ivi, pp. 75-77.

Come ha affermato Carlo Casonato, il concetto giuridico di morte, connesso prima con l'esalazione dell'ultimo respiro, poi con l'arresto del battito cardiaco e la susseguente cessazione dell'attività cardiocircolatoria e, infine, con la "cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo"¹³⁹, sta mutando. È stato infatti necessario stabilire un concetto di morte che fosse compatibile con l'espianto e la donazione degli organi e non con la cessazione delle funzioni dell'encefalo. Dal punto di vista medico però stato messo in risalto come non esista un criterio certo per stabilire la cessazione irreversibile dell'attività di ogni cellula encefalica: "la morte cerebrale totale non riesce a dimostrare ciò che invece vorrebbe provare, vale a dire l'assenza irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo"¹⁴⁰. In questo senso, la definizione di morte cerebrale "si baserebbe su una incoerenza logica fra la definizione di morte ed i criteri e le tecniche necessari per verificarla"¹⁴¹.

Proprio in base a tali considerazioni innumerevoli autori hanno sollevato dubbi sulla validità di questa definizione, ritenendo di dover anticipare il momento della dichiarazione di morte allo stato vegetativo permanente, o comunque al momento della perdita irreversibile della consapevolezza di esistere; mentre per altri le stesse ragioni portano a riproporre l'impiego dei criteri cardiorespiratori¹⁴².

La soluzione adottata dal biodiritto ritiene che alla morte cerebrale è connessa comunque l'impossibilità di un ritorno alla vita cosciente e

¹³⁹ LEGGE N. 578/1993, *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, Art. 1, p. 1.

¹⁴⁰ R. BARCARO, P. BECCHI, P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto di organi*, Milano 2008, p. 6.

¹⁴¹ Cfr. C. CASONATO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴² *Ibidem*.

l'inizio del processo irreversibile del morire e quindi alla «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» consegua in maniera repentina il rallentamento e l'arresto di tutte le attività organiche ed il disfacimento dei tessuti, e, dunque, si è permesso in tal modo di rendere più rigorosa la definizione di morte e allo stesso modo di concedere al soggetto di donare i propri organi dal momento della morte cerebrale¹⁴³. In questo modo, si vorrebbe ovviare all'errore "di aver voluto risolvere un problema etico con una presunta definizione scientifica"¹⁴⁴.

Un altro esempio, in cui il paradigma biologico si è completamente modificato, è il riconoscimento del momento d'inizio di una nuova vita umana. Il diritto deve convenzionalmente stabilire il momento a partire dal quale riconoscere la presenza di una soggetto titolare di interessi meritevoli di tutela.

L'inizio-vita, più della ricostruzione e della definizione di fine-vita, ha frequentemente diviso le componenti culturali, politiche e giuridiche che vi si sono dedicate. Il diritto italiano non indica quando inizia biologicamente la vita ma stabilisce l'attimo in cui il soggetto diventa titolare di diritti acquistando la capacità giuridica. In linea teorica il diritto, dunque, può ritenere di non far coincidere l'inizio della vita con il momento dell'acquisizione della titolarità di diritti. La legge italiana difatti stabilisce che il nascituro non è titolare pienamente di tutti i diritti previsti dall'ordinamento a lui attribuibili ma soggetto potenziale di diritti e quindi tutelabile tramite l'istituto dell'aspettativa, una tutela che dipende dal suo grado di sviluppo e dal settore specifico. «Il nascituro sarebbe titolare di una aspettativa legittima, cioè di una situazione soggettiva che consiste nella situazione preliminare di

¹⁴³ Ivi, pp. 26-27.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

interesse facente capo ad un soggetto, in attesa e nella previsione dell'insorgenza di una situazione giuridica soggettiva corrispondente ad un diritto soggettivo perfetto». La legge ordinaria, dunque, non stabilisce il momento in cui inizia la vita in senso biologico ma solo la condizione giuridica in cui il soggetto acquista la completa capacità giuridica che, secondo l'articolo 1 C.c., si acquista con la nascita.

I concetti di vita umana e persona, in senso giuridico, sono concetti che il legislatore non sovrappone completamente¹⁴⁵.

Tali problematiche, di difficile definizione, sono alcune delle tematiche che appartengono all'oggetto del biodiritto, insieme al concetto di dignità umana¹⁴⁶.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha stabilito in maniera chiara e esplicita la tutela della dignità umana. Tale diritto, oltre ad essere menzionato nel preambolo fra i valori indivisibili e universali dell'Unione, è il titolo del capo I di modo che i diritti elencati successivamente dovrebbero costituire un'estrinsecazione di quest'ultima. In base a tale interpretazione «il contenuto della formula generica della dignità dovrebbe essere costituito dal diritto alla vita ed all'integrità della persona e dalla proibizione della tortura e di ogni trattamento inumano o degradante oltre che della schiavitù e del lavoro forzato»¹⁴⁷. Per quanto riguarda la medicina e la biologia, inoltre, il rimando alla dignità significa ritenere rilevante giuridicamente il «consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» e l'applicazione del «divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la

¹⁴⁵ Ivi, p. 54

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*.

¹⁴⁷ Ivi, p. 56.

selezione delle persone»; del «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro» ed del “divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani”¹⁴⁸.

In base alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quindi, «le posizioni specifiche collegate di volta in volta alla dignità sono assai varie e complesse e rischiano di far perdere il riferimento alla dignità intesa quale valore indivisibile e universale».

In ugual maniera la Corte di giustizia sembra voler supportare una non chiarezza nel significato univoco di dignità considerandola in termini di concetto plurale. Sebbene la Carta di Nizza articoli il concetto di dignità il problema consiste comunque “nell’individuare una sfera utile di protezione che riempia di un qualche contenuto specifico una formula che, altrimenti, rischia di rimanere vuota, riguardo al rapporto di proporzionalità diretta fra estensione dell’accordo e vaghezza scarsa utilità pratica della formula”¹⁴⁹.

Il biodiritto contemporaneo è così caratterizzato per essere una disciplina le cui risoluzioni dipendono da particolari equilibri e bilanciamenti di interessi differenti spesso contrapposti.

¹⁴⁸ Ivi, p. 58.

¹⁴⁹ Ivi, p. 57.

3.2. Metodologia e disciplina dell'oggetto del biodiritto

Il biodiritto è regolato secondo “modalità e contenuti diversi ed astrattamente individuabili e descrivibili. Si possono astrattamente individuare modelli in cui è assente una diretta fonte giuridica di disciplina delle pratiche bioetiche a quelli in cui ogni aspetto è regolato nel dettaglio da una molteplicità di fonti”¹⁵⁰.

In alcun ordinamento è possibile dirsi esistente una totale mancanza di fonti e di norme applicabili, data la possibilità di utilizzo del procedimento analogico alla materia bioetica. La tutela della vita e dell'integrità fisica, il principio dell'autodeterminazione sono diritti tutelati a livello costituzionale in ogni ordinamento contemporaneo democratico. In ugual modo nessuna esperienza legislativa ha una totale tutela dell'oggetto del biodiritto da potersi considerare completamente esaustiva¹⁵¹. “Quello che si può riscontrare è l'assenza, o il ritardo, di una disciplina dettagliata o anche generale su pratiche più o meno innovative. In generale si può rilevare come il diritto che si voglia occupare delle questioni bioetiche si trovi in una posizione di fisiologica difficoltà. È evidente, infatti, la differente velocità con cui procedono l'innovazione scientifica e tecnologica, da una parte, e il settore giuridico, dall'altra”¹⁵².

¹⁵⁰ Ivi, p. 62.

¹⁵¹ Cfr. Ivi, p. 65.

¹⁵² Ivi, p. 66.

La legislazione non riesce apparentemente ad avere una efficienza di norme e alcune di queste risultano già antichate subito dopo essere entrate in vigore¹⁵³. Carlo Casonato sottolinea come le scoperte scientifiche siano seguite dalle più famose riviste internazionali e spesso attuate da più gruppi di ricerca. Le scienze giuridiche dovrebbero prevedere una disciplina di comparto per tutte le innovazioni scientifiche e non farsi trovare impreparate¹⁵⁴. “D’altra parte, l’esercizio della comparazione dimostra proprio come, in quanto scienza sociale, non esista un *buon diritto* in assoluto. Una legge, in materia bioetica, potrà essere considerata utile ed in linea con la tutela della dignità umana all’interno di un ordinamento e della relativa cultura, e potrà essere considerata, invece discriminatoria in un altro”¹⁵⁵. La comparazione sembra confermare, dunque, come il trapianto di discipline non sia sempre di facile attuazione. “Ogni legislazione cercherà di trovare un proprio bilanciamento d’interessi sulla base di fattori diversi e sempre variabili e non trasferibile automaticamente in altri contesti nazionali”¹⁵⁶. Le tematiche bioetiche si scontrano con modelli strutturati che impediscono il raggiungimento di una *disciplina condivisa*. “La giurisprudenza di *civil law* ha temuto di perdere di scientificità contaminando il proprio sapere nel momento in cui avesse dato risposte su temi che chiamano in causa in maniera rilevante la struttura morale individuale. Inoltre per la formazione di una legge è necessaria una maggioranza politico-parlamentare che ne approvi i contenuti, e per la sua applicazione è necessaria una generale

¹⁵³ Cfr. Ivi, p. 67.

¹⁵⁴ Cfr. Ivi, p. 71.

¹⁵⁵ Ivi, p. 72.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

accettazione sociale”¹⁵⁷. Nel biodiritto il ricorso al *mero principio maggioritario* non produce sempre risultati validi nel regolamentare con certezza ed efficacia i singoli oggetti di disciplina¹⁵⁸. Allo stesso modo una singola sentenza non può porsi come elemento di disciplina se non ha numerose e autorevoli conferme. “Se la scienza può procedere anche grazie all’attività di pochi ricercatori, lo stesso non può fare il diritto, il quale, perlomeno in uno stato costituzionale su base democratica, necessita di un consenso sufficientemente ampio”¹⁵⁹.

La principale ragione del ritardo del diritto riguardo ai temi bioetici, quindi, discende dal motivo che, nelle attuali società democratiche pluraliste, manca quella condivisione necessaria per creare la legittimazione delle regole giuridiche. “In virtù di tali problemi si possono individuare due modi di disciplina da parte degli ordinamenti: una di segno interventista ed una di segno astensionista”¹⁶⁰.

La prima modalità garantisce una copertura di carattere giuridico su tematiche di interesse *collettivo*, la seconda “sostiene la sufficienza dell’autoregolamentazione affidata alla componente deontologica e al controllo della comunità scientifica internazionale”¹⁶¹. L’appartenenza al gruppo di *common law* o di *civil law* costituisce un dato decisivo per comprendere le ragioni di una scelta di intervento. “Gli ordinamenti di *common law* tendono a non disciplinare in maniera stringente sicuramente le tematiche bioetiche ma a porre dei limiti di principio ampi per riconoscere uno spazio di decisione sul singolo caso a fonti

¹⁵⁷ Ivi, p. 82.

¹⁵⁸ Cfr. Ivi, p. 85.

¹⁵⁹ Cfr. Ivi, p. 87.

¹⁶⁰ Ivi, p. 88.

¹⁶¹ Ivi, p. 89.

normative di natura non strettamente giuridica”¹⁶². Un approccio astensionista appartiene agli ordinamenti di *common law*, con “particolare riguardo a tematiche quali quelle della tutela del feto da parte di comportamenti lesionistici o autolesionistici della madre. In una serie di casi canadesi, statunitensi e inglesi, così, si è riconosciuta una tendenziale autonomia della madre incinta nell’adottare condotte che, entro certi limiti, costituiscono un potenziale lesivo nei confronti della salute del feto”¹⁶³.

Gli atteggiamenti astensionista non appartengono solo al *common law* ma anche in Italia è possibile rintracciarli. Nell’esperienza italiana il modello astensionista risponde di più ad un elemento patologico che ad una vera e propria scelta dell’ordinamento, e cioè l’assenza normativa, che produce conseguenze insostenibili sia per la garanzia dei diritti sia per le difficoltà dei giudici di reperire norme atte ad orientare il loro operato e sia per la certezza nel comportamento che i medici devono adottare e della prevedibilità delle relative conseguenze¹⁶⁴. L’assenza normativa non rende flessibile il sistema, ma pone a rischio la sua stessa democraticità. In Italia mancava, prima della legge 40 del 2004, una disciplina della procreazione medicalmente assistita e la circolare Degan, che dal 1985 trattava della tematica, difatti, era stata interpretata in modo da potersi applicare solo ed esclusivamente ai centri pubblici¹⁶⁵. Era così impensabile che una semplice circolare ministeriale potesse disciplinare posizioni giuridiche costituzionali. Il divieto di *fecondazione eterologa*, ad esempio, era giustificato dal

¹⁶² Ivi, p. 92.

¹⁶³ Ivi, p. 95.

¹⁶⁴ Cfr. Ivi, p. 98.

¹⁶⁵ Cfr. Ivi, p. 102.

fatto che “allo stato della legislazione, deve ritenersi che solo le tecniche che utilizzano i gameti della coppia consentono di realizzare il desiderio genitoriale della medesima senza incertezze sulla paternità e sulla maternità del nascituro mentre fondamento essenziale del rapporto di filiazione è quello della derivazione biologica”¹⁶⁶.

Anche nelle fasi di fine-vita, gli operatori sanitari sottolineavano e ancora sottolineano, una incertezza legislativa per il trattamento dei soggetti divenuti incapaci. Una possibile soluzione è quella di far esprimere al paziente le proprie volontà in via anticipata, quando, cioè, non sia ancora sopraggiunto lo stato di incapacità. Tale ipotesi causa un serie di problematiche legate “all’attualità del consenso cioè che la condizione soggettiva di una persona in piena salute non permetta di effettuare una scelta realmente consapevole su uno stato patologico che appare ancora lontano e del tutto ipotetico”¹⁶⁷.

Casonato nota che in alcune legislazioni si è posta in essere la distinzione fra dichiarazioni espresse in passato oppure in presenza di una malattia già invalidante e ad esito rapidamente negativo oppure si è prevista la possibilità, da parte del paziente, di individuare un fiduciario a cui attribuire il potere di scelta o si è stabilito un dovere del medico, che non ritiene di seguire le dichiarazioni anticipate di volontà, di motivare sul diario clinico le ragioni della propria scelta¹⁶⁸.

La difficoltà nello stabilire definitivamente sulla tematica ha portato a un vuoto normativo che ha lasciato gli operatori sanitari a confrontarsi con il codice di deontologia medica e con la convenzione di Oviedo che obbligano comunque di *tenere conto* di quanto precedentemente

¹⁶⁶ Ivi, p. 105.

¹⁶⁷ Ivi, p. 107.

¹⁶⁸ Cfr. Ivi, p. 109.

espresso dal paziente. Un possibile aiuto può derivare alla figura dell'amministratore di sostegno introdotto nella codicistica italiana nel 2004.

Tale figura è stata ammessa per fare esprimere, a chi si dovesse trovare in uno stato di incapacità senza essere considerato un vero e proprio infermo di mente, il proprio volere sebbene l'amministratore deve comunque essere «proposto dallo stesso soggetto beneficiario» come previsto dall'art. 406 del C. c.¹⁶⁹.

Un'altra incertezza che aggrava la normativa del fine-vita di pazienti incapaci è inerente alla possibilità di interrompere nutrizione e idratazione artificiali. Si tratta dell'articolo 34 del Codice di deontologia medica secondo cui «il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona. Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso». L'articolo 9 della Convenzione di Oviedo prevede che «i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione».

In Italia non è ancora in vigore un testo legislativo che analizzi in maniera dettagliata le vicende di fine-vita dei pazienti sebbene è di recente analisi parlamentare un disegno di legge sul consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari.

¹⁶⁹ Cfr. Ivi, pp. 134-135.

Il testo è frutto dell'insieme dei due progetti di legge esposti in Commissione Affari Sociali ed è successivo al disegno di legge Calabrò, approvato diverse volte dai due rami del Parlamento.

Tale disegno, che si dedicava per la maggior parte alla tutela dei pazienti in stato di non coscienza e ai meccanismi che avrebbero potuto evitare la conseguenza diretta di procedure eutanasiche, come il distacco di sondini per la nutrizione, non è stato mai definitivamente approvato.

Tale nuovo ddl invece tutela potenzialmente tutti i casi di trattamento sanitario considerando come base normativa il concetto, universalmente condiviso e previsto dalla nostra Carta Costituzionale, che vada sempre e comunque rispettato il «consenso libero e informato della persona interessata», come si evince nel primo comma dell'articolo 1.

I successivi due commi evidenziano che «è promossa e realizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico» e che «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo e a lei comprensibile». Il settimo comma afferma invece che: «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente e in conseguenza di ciò è esente da responsabilità civile o penale», un'espressione ambigua che può far ritenere lecito che il personale sanitario possa avvicinare artificialmente la morte della persona in cura con azioni o omissioni.

L'articolo 3, primo comma, stabilisce poi che tra gli oggetti del «consenso o rifiuto rispetto a scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» deve essere incluse «le pratiche di nutrizione e idratazione artificiali», pratiche che realtà fanno parte dei sostegni vitali come acqua e cibo. L'articolo 3 traduce poi il celebre acronimo «Dat» in

disposizioni e non più *dichiarazioni* anticipate di trattamento. Una differenza terminologica rilevante in quanto, al terzo comma, è sancito che «il medico è tenuto al pieno rispetto delle Dat», che si possono disattendere solo «qualora sussistano motivate e documentabili possibilità non prevedibili all'atto della sottoscrizione» delle Dat che possano garantire «concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Non è poi prevista obiezione di coscienza per i medici che non vogliano contribuire a scelte attraverso le quali è in pericolo la vita del paziente. Infine l'articolo 5, l'ultimo, rende legittimi i testamenti biologici alla condizione che ad essi vengano applicate le disposizioni della legge oggetto di analisi.

L'articolo 4 cerca infine di includere una novità sulla «pianificazione condivisa delle cure tra il paziente e il medico» basata sull'adeguata informazione di paziente e familiari «a proposito del possibile evolversi della patologia in atto, di quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, delle possibilità cliniche di intervenire, delle cure palliative». Il testo legislativo però rimane generico su espressioni come *qualità della vita* che si prestano a infinite interpretazioni.

La legge, sebbene di non facile interpretazione e non chiara rispetto alle Dat e alla pianificazione, indica però esplicitamente la possibilità di consenso e di rifiuto delle pratiche di nutrizione ed idratazione artificiali. Il punto aveva creato in passato non pochi contrasti tra dottrina, giurisprudenza e il Comitato nazionale per la bioetica italiano. Quest'ultimo si era diviso fra quanti sostenevano che la possibilità di dare disposizioni anticipate sulla propria volontà di accettare o rifiutare qualsiasi tipo di trattamento e di indicare le condizioni nelle quali il

proprio volere doveva trovare applicazione, era riconosciuta al paziente, e quanti, invece, ritenevano che la volontà del paziente doveva essere limitata esclusivamente a quei trattamenti che rappresentavano forme di accanimento terapeutico, entro cui non poteva farsi rientrare l'alimentazione e l'idratazione artificiali.

Per questo secondo orientamento, avvalorato dal Comitato etico, nutrizione e idratazione artificiale erano ritenuti atti non rifiutabili e obbligatori. Il problema sorgeva sulla natura di tali cure in tutte le ipotesi in cui vi erano persone incapaci in stato vegetativo irreversibile. Anche in presenza di dichiarazioni anticipate o di legali rappresentanti che richiedevano l'interruzione della nutrizione e idratazione artificiali, difatti, l'indecisione tecnica e l'assenza di una legge ha escluso che si poteva decidere in questo modo.

L'indecisione italiana, di natura sia etica che legislativa, ha frenato anche la giurisprudenza, portando una deriva di segno astensionista. La «scelta di non-scegliere» ha assunto «e caratteristiche di un rischioso vuoto normativo per la tutela dei diritti e degli interessi dei pazienti coinvolti, sulla certezza e sulla prevedibilità delle azioni degli operatori del settore»¹⁷⁰.

Le scelte del medico a volte sono indotte unicamente ad evitare una responsabilità civile o penale al posto di avere come fine la migliore cura del paziente. Tale tipo di medicina è nota anche come medicina difensiva e si pone contro al cosiddetto principio di beneficiarietà.

“L'assenza di una disciplina completa comporta che fonti improprie ed isolate, come circolari ministeriali o pareri di comitati, dettino regole in un settore i cui diritti sono di rilevanza costituzionale. La legge in

¹⁷⁰ Ivi, pp. 154.

discussione al Parlamento rappresenta, comunque, la possibilità che sia la fonte legislativa a regolare la delicata materia su cui, ad oggi, manca ancora una normativa legale di riferimento comportando l'inquadramento dell'Italia all'interno dei Paesi il cui modello di riferimento, nell'ambito del biodiritto, è quello astensionista”¹⁷¹.

In opposizione al tale atteggiamento legislativo è il modello interventista al cui interno si diversificano “una serie di sottomodelli ciascuno atto a costituire una *species a sé stante*”¹⁷².

La ricerca di sottocategorie si basa sulla creazione di un diritto che abbia basi condivise ed è in questo senso che si sostiene che “le questioni bioetiche esigano primariamente un processo di formazione del consenso [...] Il giurista deve sapere che le regole di cui si occupa per mestiere raccolgono bisogni, spinte e valutazioni che nascono prima e fuori del modo legale: il compito pedagogico o terapeutico del diritto rispetto alla realtà sociale si esercita – se può – verso comportamenti marginali, non certo verso il nucleo delle inclinazioni e delle scelte diffuse nel costume”¹⁷³.

Creare però un consenso condiviso può comportare l'attesa di una legge creando risultati controproducenti e provocando “un progressivo inasprimento della discussione filosofica, giuridica, sociologica, medica, ed una sempre più acuta radicalizzazione delle posizioni, e nel contempo un egualmente progressivo impoverimento della qualità delle argomentazioni. [...] Il dibattito scientifico si fa ripetitivo, logorato da

¹⁷¹ Ivi, p. 135.

¹⁷² Cfr. Ivi, p. 146.

¹⁷³ P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, cit., p. 64.

problematiche divenute sterili, reso intollerante ed immobile su punti di principio ritenuti imprescindibili”¹⁷⁴.

Da un punto di vista democratico non si può avallare semplicemente la scelta maggioritaria, ma dovrà essere assicurato che la decisione rappresenti le diverse istanze. Il diritto, dunque, non può semplicemente trasporre in regola giuridica soluzioni condivise a livello sociale.

Il modello interventista e quello astensionista devono entrambi rispecchiare le posizioni culturali sia maggioritarie che minoritarie. Soprattutto in una dimensione costituzionale, il diritto deve porre in essere delle scelte e non ridursi a mera certificazione di opzioni morali maggioritarie in quanto si svuoterebbe della sua portata garantista. Nelle problematiche bioetiche, data la complessità, il fine del diritto è di considerare la diversità sociale in modo da non degenerare in valutazioni meramente soggettive.

“All’interno dell’ intervento normativo può individuarsi un modello che si costruisce secondo principi di «leggerezza» oppure una tipologia di carattere «pesante» o chiuso. Il primo cerca un dialogo tra i vari saperi e pone l’attenzione ai singoli casi, mentre il secondo si compone prevalentemente del formante legislativo, e garantisce un sistema rigido e non bilanciabile con la specificità delle situazioni concrete. Il primo modello si ricollega alle caratteristiche della famiglia di *common law* adottando uno schema che trova nella dimensione giuridica solo il punto di partenza”¹⁷⁵. La legge tende ad indicare solo i principi generali, riconoscendo poi vasti spazi di decisione a componenti normative di carattere extra-legislativo ed extra-giuridico. Tale

¹⁷⁴ C. MAZZONI, *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., p. 9.

¹⁷⁵ C. CASONATO, *op. cit.*, p. 133.

modalità può essere giustificata con l'esigenza di rendere il diritto permeabile a una eterogeneità sociale soggetta a rapidi mutamenti.

La sperimentazione sull'essere umano, sia nei Paesi di *civil law* che nei Paesi di *common law*, è forse l'unico settore in cui il quadro giuridico è più chiaro a livello nazionale, comunitario ed internazionale.

In Italia esistono una serie di testi che partono dal c.d. Codice di Norimberga fino alla dichiarazione di Helsinki, dal Code of Medical Ethics della World Medical Association alla Convenzione di Oviedo, dalle linee guida di buona pratica clinica dell'Unione europea ai decreti ministeriali sull'istituzione ed il funzionamento dei comitati etici a quelli sull'applicazione dei criteri di buona pratica clinica¹⁷⁶.

“La mancanza di giuridicizzazione ha tuttavia condotto l'Italia ad attribuire a comitati etici indipendenti il compito di darsi regolamenti, linee guida, procedure operative che orientano le decisioni ed i pareri sui singoli protocolli di sperimentazione. All'interno di un quadro normativo di principi di riferimento, così, i comitati etici possono intervenire sui singoli protocolli. La decisione viene raggiunta attraverso una procedura articolata che vede l'intervento di una pluralità di competenze diverse. La sperimentazione con l'essere umano è, dunque, in buona parte autodefinita, in termini procedurali più che di contenuto, dagli organi che si trovano ad adottare poi anche i pareri vincolanti sulle singole richieste di ricerca sperimentali”¹⁷⁷. Gli ordinamenti giuridici possono, però, di volta in volta decidere di scegliere un modello che permetta al singolo di essere libero nella sua autodeterminazione imponendo, contemporaneamente, un

¹⁷⁶ Cfr., Ivi, p. 145.

¹⁷⁷ Ivi, p. 146.

comportamento teso, anche contro la volontà del singolo, alla realizzazione dei fini stabiliti dall'ordinamento stesso.

In linea teorica, dunque, si può individuare una tipologia fondata su due modelli principali: uno impositivo a sfondo organicistico o comunitarista, ed un altro permissivo a sfondo individualista.

Nei modelli impositivi puri, ad esempio, le normative tendono a imporre, più o meno direttamente, la morte secondo criteri di ritenuta *utilità sociale*. Lo Stato impositivo puro nega al massimo la dignità del soggetto ed è dunque incompatibile con il nostro impianto costituzionale. Rispetto alle dinamiche di vita tale modello obbliga l'esistenza in vita del paziente fin dove è permessa anche contro la sua volontà e con un predominio assoluto dell'ideologia prevalente sul principio del consenso.

Lo stato impositivo della vita non considera il principio del rispetto della dignità umana come autonomia, poiché l'individuo e la sua esistenza sono strumentali a qualcosa di altro da sé. La dignità, con essa la possibilità di una morte dignitosa, non risulta nella disponibilità dell'individuo ma dipende da un'impostazione culturale prevalente. Questo modello, nella sua forma pura, risulta in contrasto con il principio personalista tutelato da tutti gli ordinamenti di derivazione liberale.

In contrapposizione a tali modelli impositivi se ne può ravvisare uno permissivo sia riguarda alla problematica della vita sia in riferimento alla problematica della morte dell'individuo. In tale modello il principio individualista ed la libera determinazione della persona in base alla sua esistenza sono ritenuti fulcro centrale fino a che l'azione del soggetto basta che non comporti conseguenze dannose su terzi oppure non si

individui un interesse generale che possa imporsi sulla scelta individuale. È la persona, libera e perfettamente in grado di autodeterminarsi protagonista delle proprie scelte.

Quasi tutte le legislazione odierne si trovano a metà tra il modello permissivo e quello impositivo. Gli ordinamenti possono quindi dividersi all'interno di modelli a tendenza impositiva o a tendenza permissiva caratterizzati da un bilanciamento fra la sfera della libertà e quella dell'imposizione.

Nel modello a tendenza impositiva è ammissibile la possibilità del diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, quindi lascia spazio alla autodeterminazione del soggetto, prevedendo l'obbligo solo di determinati trattamenti o accertamenti imposti per legge.

Il modello è solo a tendenza impositiva “perché esclude un generale dovere di essere curati, consentendo al singolo, in condizioni ordinarie, di esercitare un ampio diritto di scelta sulla propria salute”¹⁷⁸.

“La tutela dell'autodeterminazione individuale, però, non giunge fino a porre nella disponibilità del soggetto il controllo sulle ultime fasi della vita. Così, mentre da un lato è previsto un diritto, di natura spesso costituzionale, al rifiuto di terapie anche di sostegno vitale, è poi prevista la sanzione penale per l'omicidio del consenziente cioè l'eutanasia attiva diretta volontaria, quanto l'assistenza al suicidio cioè l'eutanasia attiva indiretta volontaria. In questo senso, pur in assenza di danni diretti a terzi o alla collettività, l'ordinamento esclude che l'autodeterminazione sulle fasi finali della vita possa essere considerata un bene meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Il controllo sulla propria esistenza, che in fasi ordinarie è affidato al singolo, è, in fasi

¹⁷⁸ Ivi, p. 156.

straordinarie, spostato in capo all'ordinamento che è legittimato ad imporre scelte anche non condivise dal soggetto. La decisione su quale tipo di morte sia da considerarsi dignitosa, non è lasciata alla libera scelta del singolo”¹⁷⁹.

All'interno del modello suddetto ci possono essere delle varianti come “la costituzionalità o meno del diritto al rifiuto, la distinzione fra mezzi ordinari e straordinari, la gravità della sanzione per la trasgressione ai divieti, la presenza di circostanze attenuanti specifiche, la distinta configurabilità delle figure di omicidio del consenziente e di assistenza al suicidio, la regolamentazione di direttive anticipate”¹⁸⁰.

I modelli a tendenza impositiva o permissiva, dunque, si basano sulla possibilità del singolo di essere considerato libero, autonomo e responsabile. In queste condizioni gli individui possono autodeterminarsi e al singolo potrà essere garantita la facoltà “di identificare il proprio bene e di individuare una accezione propria di dignità che non sia viziata da elementi estranei ma che possa orientarne l'agire in termini autentici. Il modello a tendenza impositiva invece si fonda su una differente considerazione delle qualità dell'individuo. In esso, il soggetto è incapace di porsi come credibile centro di imputazione e responsabilità morali davvero autonome. La concezione della dignità umana non è lasciata alla totale autodeterminazione del soggetto e il contenuto della dignità, piuttosto, pare essere individuato a monte. Il criterio impositivo potrebbe risultare più attento alla dimensione concreta degli individui, i quali, particolarmente nel fine-

¹⁷⁹ Ivi, p. 158.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

vita, presentano tendenzialmente condizioni di debolezza e di conseguente possibile influenzabilità”¹⁸¹.

Il modello impositivo sembra ritenuto adatto ad una società che si basi ancora su un carattere paternalistico della medicina mentre il modello permissivo sembra adattarsi di più ad una concezione in cui il soggetto è considerato libero e consapevole. La maggior conseguenza negativa del modello permissivo potrebbe essere l’omettere la valutazione dei condizionamenti che su diversi piani quali quello psicologico, economico, sociale, ostacolano la formazione di una volontà autentica soprattutto sulle dinamiche di fine vita. Il principio generale del consenso nei confronti dei trattamenti sanitari però dovrebbe esprimere la maggiore espressione del principio di autodeterminazione. Valutare se un trattamento sia aderente con la propria moralità, con la percezione del singolo, è una decisione che si basa sull’autodeterminarsi.

L’efficacia dell’applicazione però di carattere impositivo o permissivo del modello, anche se esaurisce i propri effetti sulla persona, ha comunque degli effetti anche sui terzi. In determinate situazioni difatti alcune imposizioni si ripercuotono inevitabilmente su altri soggetti a cui corrispondono situazioni permissive in rapporto quasi direttamente proporzionale. Ciò dovrebbe determinare un alto grado di attenzione nell’ utilizzo del bilanciamento di valori dove ci sono evidenti interessi contrapposti.

Diverse sono le fonti che regolano tale tipo di materia. Numerosi sono gli atti internazionali che si occupano, direttamente o indirettamente, della materia bioetica, tra cui la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (1948), la Convenzione europea per la salvaguardia dei

¹⁸¹ Ivi, p. 159.

diritti dell'uomo (1950), la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina o Convenzione di Oviedo del 1996), la Dichiarazione universale sul genoma umano e di diritti dell'uomo (1997), vari documenti (risoluzioni o raccomandazioni) dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, la dichiarazione adottata dalla Sesta Commissione ONU sulla clonazione, che invita tutti gli stati membri a prendere «tutte le misure necessarie per proteggere la vita umana» nella ricerca scientifica e proibisce «tutte le forme di clonazione umana, che siano incompatibili con la dignità dell'uomo e la protezione della vita umana».

Se moltissimi di tali documenti sono fondamentali nel riconoscimento di alcuni diritti va anche rilevato che, non solo in riferimento alla dignità, non riescano ad essere davvero decisivi in materia bioetica. Il diritto internazionale ha infatti poca forza coattiva ed è proprio per questo che la fonte di riferimento di maggior portata normativa deve considerarsi la costituzionale nazionale.

Le Costituzioni sono le più importanti fonti appartenenti al diritto politico. Fra queste può richiamarsi quella italiana, per cui grazie allo articolo 32 è possibile dedurre una serie di principi e regole chiare anche di carattere bioetico. La tutela della salute è connessa al principio di giustizia da cui deriva la garanzia costituzionale di cure gratuite per gli indigenti e la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori si collega al principio di autonomia e crea un circoscritto diritto costituzionale al rifiuto delle cure anche di sostegno vitale.

Dalla norma costituzionale italiana sembrano potersi enucleare altri riferimenti che possono orientare sia dottrina che giurisprudenza. Si tratta dei diritti inviolabili dell'uomo e della libertà personale (artt. 2 e 13), dei principi di eguaglianza e di sviluppo della persona umana (art. 3), di pari dignità sociale e di dignità umana come limite all'iniziativa economica privata (con le cautele di cui si è detto, artt. 3 e 41), di libertà religiosa e di eguale libertà delle confessioni religiose (artt. 19 e 8) ma anche di indipendenza e sovranità, nei rispettivi ordini, di stato e chiesa cattolica (art. 7), di promozione della ricerca scientifica e tecnica, e della libertà della scienza (artt. 9 e 33), di tutela del paesaggio e, si è dedotto, dell'ambiente (art. 9), della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (art. 29), del diritto-dovere di mantenimento ed educazione dei figli e della protezione della maternità e dell'infanzia (artt. 30 e 31), di soggezione dei giudici soltanto alla legge e di autonomia e indipendenza della magistratura da ogni altro potere (art. 101).

Nella divisione di competenze fra stato e regioni, inoltre, l'art. 117 dispone "che lo stato abbia legislazione esclusiva sullo stato civile, sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e sulla tutela dell'ambiente, mentre siano comprese fra le materie di legislazione clonazione riproduttiva umana, o alcune pratiche eugenetiche di carattere positivo"¹⁸².

Un numero così elevato di riferimenti crea numerose e divergenti interpretazioni su concetti ampi come dignità, persona, salute, maternità, trattamento sanitario. Inoltre il bilanciamento di interessi, che risulta essere il procedimento più usato per la risoluzione dei

¹⁸² Ivi, p. 154.

conflitti fra posizioni ugualmente tutelate a livello costituzionale, peggiora lo stato di incertezza. L'orientamento culturale influenza la stessa dottrina costituzionalistica così che dagli stessi riferimenti testuali si possono giungere poi a risultati anche opposti. Può risultare, così, confermato che “nel suo compiersi dinamico secondo il *verso* pluralista e nell'impatto con l'esperienza, la Costituzione si mostra generalmente responsiva agli interpreti che la interrogano, ma in grado di offrire un supporto ad un ventaglio di soluzioni anche eticamente, oltre che giuridicamente, molto differenti l'una dall'altra quantunque tutte in qualche modo riconducibili al contesto dei principi e valori ivi sanciti. In tal modo, la Carta costituzionale figura come sostegno fondamentale di ipotesi regolative anche molto distanti tra loro, soprattutto nella soluzione dei problemi connessi ai cosiddetti diritti della vita”¹⁸³. La possibilità del pluralismo determina, d'altro canto, un grado di incertezza presente in tutti i testi costituzionali. L'incertezza, data dall'ampiezza del testo legislativo, può essere arginata da formule testuali più chiare sebbene rigide.

La costituzione svizzera del 1999, ad esempio, considera espressamente la medicina riproduttiva e l'ingegneria genetica. L'articolo 119 vieta «tutti i tipi di clonazione e gli interventi nel patrimonio genetico di cellule germinali e embrioni umani». In materia di procreazione assistita, inoltre, lo stesso articolo autorizza l'intervento medico «solo quando non vi sono altri modi per curare l'infertilità o per ovviare al pericolo di trasmissione di malattie gravi, non però per preformare determinati caratteri nel nascituro o a fini di ricerca; la fecondazione di

¹⁸³ V. BALDINI, *Introduzione. Il politeismo dei valori e la partenogenesi dei diritti costituzionali: tra ermeneutica storicistica ed ermeneutica ontologica*, in *Diritti della persona e problematiche fondamentali. Dalla bioetica al diritto costituzionale*, cit., p. 10.

oociti umani fuori del corpo della donna è permessa solo alle condizioni stabilite dalla legge; fuori del corpo della donna possono essere sviluppati in embrioni solo tanti oociti umani quanti se ne possono trapiantare immediatamente». Il testo poi stabilisce come inammissibile «la donazione di embrioni e ogni altra forma di maternità sostitutiva e fissa il principio del consenso ed il diritto di accesso nell'ambito del trattamento dei propri dati genetici».

La chiarezza e la rigidità di tali norme sono un'eccezione all'interno di diritto costituzionale comparato.

Al di là delle fonti costituzionali, la legge rappresenta la fonte per eccellenza atta a disciplinare, in maniera puntuale, le problematiche biogiuridiche odierne. La possibilità di trovare una base culturale abbastanza ampia, così da avere legittimazione all'interno del tessuto sociale, richiede però una lunga tempistica. D'altra parte una ricerca della strada della maggioranza può far in modo che il biodiritto subisca le logiche maggioritarie, aprendo la strada all'adozione di leggi basate sull'imposizione di divieti e di sanzioni al posto di una generale condivisione dei suoi principi fondanti. Introdurre una norma basata solo sulla condivisione di forze politiche maggioritarie potrebbe condurre verso atteggiamenti di disapplicazione in modo da eliminare efficacia alla norma stessa.

“La regola legale può certo avere il senso di affermare un valore ma un buon sistema giuridico non proclama valori che non possa, nei limiti del ragionevole, realizzare. E soprattutto, non proclama valori con prescrizioni che inducono comportamenti di fuga, di cancellazione di

fatto della regola enunciata”¹⁸⁴. Anche laddove la disciplina legale sia ritenuta esatta dalla maggior parte della società, esiste comunque il rischio che possa non essere adatta a regolare le specificità di un qualche caso singolo o di una categoria di casi.

Un ambito di particolare rilevanza potrebbero essere le problematiche, appartenenti sia alle famiglie di *civil law* che di *commow law*, relative alle dinamiche di fine-vita. In quasi tutte le legislazioni odierne sono vietate le forme, di omicidio del consenziente e di aiuto al suicidio, essendo individuati strumenti sanzionatori estremamente cogenti. Tuttavia nelle stesse società ci sono fenomeni in cui le stesse norme penali sono disapplicate in quanto non aderenti ad un senso di *giustizia sostanziale*. La legge, applicata nella sua rigidità letterale, non sembra più atta a regolare alcune fattispecie non essendo più aderente a un *sentimento di giustizia* socialmente diffuso. Tali fenomeni si manifestano sia in Italia che in altri ordinamenti, i quali pur appartenendo a un modello che abbiamo individuato come a tendenza impositiva, sussistono episodi in cui il rigore della condanna per aver ucciso o aiutato nel suicidio persone in stato di grave sofferenza psico-fisica viene aggirato e dunque l’attività ammessa.

Proprio per questo appare la fonte giurisprudenziale l’esperienza più idonea a disciplinare tale casistica.

All’interno delle Nazioni di *common law* che in quelle di *civil law* è la giurisprudenza il creatore di diritto più efficace, esso difatti interviene sia colmando le lacune del sistema sia per ricondurre la fattispecie

¹⁸⁴ La possibilità di ottenere l’adempimento spontaneo; la possibilità di coercire l’adempimento; l’utilità e la compatibilità in relazione al sistema: insomma gli effetti di una regola sulla condotta sociale e sull’insieme dell’ordinamento, queste sono le preoccupazioni del giurista»: P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica*, in C.M. MAZZONI, *Una norma giuridica per la bioetica*, cit., p. 71.

concreta a maggiore equità sociale. Basti pensare ai principi creati a livello giurisprudenziale “in materia di disconoscimento della paternità del figlio nato in seguito a procreazione medicalmente assistita sia in Italia, prima del 2004, sia in Francia, prima della legge del 1994, sia in Germania a metà degli anni ’90; all’emersione del diritto alla riservatezza in Italia a partire dagli anni ’70 o del different right to privacy, posto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti alla base del diritto all’aborto nel celebre Roe v. Wade del 1973”¹⁸⁵; oppure “all’intervento dei giudici nei settori della ricerca e dell’ingegneria genetica negli Stati Uniti”¹⁸⁶.

In taluni casi addirittura, negli Stati a tendenza impositiva, si è sviluppata la pratica di non indagare sulla morte dei pazienti in stato terminale se si prefigura l’ipotesi che possa essere stata accelerata tramite sedativi per evitare una morte troppo dolorosa. Sebbene si potrebbero individuare dei casi di eutanasia attiva, la teoria del doppio effetto, per cui la morfina e gli altri antidolorifici provocando un effetto di placebo sul paziente riducendone la sofferenza, pur incidendo sulla vita dello stesso, sono considerati consentiti.

Anche l’utilizzo dell’equità potrebbe poi apparire un criterio su cui basare la risoluzione di tali fattispecie. Tramite l’equità difatti il giudice applica la giustizia del caso singolo, quella che prevede non l’applicazione di una legge preesistente, ma piuttosto la creazione di una nuova norma applicabile al caso concreto. L’equità non assicura

¹⁸⁵ C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un’indagine comparata*, cit., p. 90.

¹⁸⁶ A. M. CHAKRABARTY, *Genetic Research and the Judicial Decisions*, in A. SANTOSUOSSO, G. GENNARI (a cura di), *Le questioni bioetiche davanti alle Corti: le regole sono poste dai giudici?*, in Politeia, 2002, 99 ss.; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano 2001, p. 261.

però un grado di tutela in termini di certezza e parità di trattamento, dipendendo dalla sola discrezionalità di chi debba prendere la decisione in esame.

Allo stesso modo un'altra fonte di normazione, che in diverse legislazioni risponde anche in termini equitativi alle varie fattispecie, è la deontologia professionale.

La deontologia medica, paragonata in questo all'attività dei vari Comitati etici, si propone "alla soluzione del giudice in quanto capace di indicare con una certa precisione, ma con un buon grado di flessibilità e dinamicità, il contenuto dei doveri e dei diritti degli esercenti la professione medica"¹⁸⁷. In questo modo la dimensione deontologica risulta essere uno "strumento che, attraverso il dovere di correttezza professionale cui vale a dare contenuti sufficientemente definiti e certi, consente il delicato e difficile passaggio dal discorso etico al discorso giuridico [...] E consente un simile passaggio con un'elasticità e capacità di adattamento a quell'evoluzione della scienza, da una parte, della società, dall'altra, la cui rapidità rende, in una con la complessità e l'intreccio dei valori coinvolti, il più delle volte poco tempestivo – e comunque, tendenzialmente troppo rigido – l'intervento del legislatore"¹⁸⁸. La deontologia, potrebbe essere ritenuta una fonte convenzionale poiché pattizia tra i vari ordini professionali e di categoria o comunque di matrice consuetudinaria. Ciò è risolto in maniera diversa a seconda dell'ordinamento preso in questione ad esempio in Francia i codici deontologici appartengono alla legislazione in quanto sono approvati con decreti statali. In Italia, le posizioni sia dottrinali che giurisprudenziali si dividono fra « quanti intendono la

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit., p. 936.

deontologia come una fonte di natura consuetudinaria, quanti ne richiamano il carattere extragiuridico e quanti la ricostruiscono alla stregua della legge che comprende nell'ambito della violazione di legge, che permette il ricorso in Cassazione verso i provvedimenti sulla libertà personale».

Su tale questione può essere richiamata una sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che statuisce che la “violazione delle norme di codici deontologici degli ordini professionali trattandosi di norme giuridiche obbligatorie vevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto soggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare”¹⁸⁹. Questa ultima affermazione è in linea con il riconoscimento del carattere “extra-legislativo della dimensione deontologica e del relativo potere disciplinare, ma viene a negarne il carattere extra-giuridico che pure è stato affermato da risalente dottrina e autorevole giurisprudenza”¹⁹⁰.

In tale prospettiva si muove la deontologia medica per cui è la tutela del prestigio della categoria e la cura degli interessi e dei diritti del cittadino-paziente il fine deontologico per cui c'è un “superamento della tradizionale connotazione in chiave essenzialmente corporativa della regolamentazione deontologica, la quale viene a caratterizzarsi sempre più chiaramente per il perseguimento di finalità d'interesse pubblico”¹⁹¹.

Al di là delle singole conclusioni la componente deontologica è comunque elemento essenziale della disciplina giuridica basti pensare alla responsabilità medica e ai parametri della colpa per cui quale altra

¹⁸⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n. 5576 del 23 marzo 2004.

¹⁹⁰ E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit., p. 931.

¹⁹¹ *Ibidem*.

“[...] per un medico, potrebbe definirsi *colpa grave* se non appunto quella commessa violazione delle norme di deontologia professionale”¹⁹². In questo senso, “l’etica svolge, [...] anche attraverso l’adozione di un codice di deontologia, una continua funzione di ausilio interpretativo del diritto vigente, che consente di far valere le istanze di ordine etico-sociale mediante lo strumento dell’interpretazione giuridica”¹⁹³. La deontologia difatti, in particolar modo in Italia, svolge un ruolo di supplenza basti pensare alla procreazione medicalmente assistita che, prima del 2004, è stata disciplinata dall’autoregolamentazione deontologica.

Al di là della disciplina normativa la componente deontologica può attuare una funzione di collaborazione nel processo legislativo. In tal modo gli Ordini professionali, in particolare, hanno spesso fornito soluzioni a fattispecie nuove che poi sono state accolte in norme legali come nel caso della legge olandese sul controllo dell’interruzione volontaria della vita e dell’assistenza al suicidio e il *decision-making process*, della legge canadese sulla procreazione assistita.

Sicuramente anche il processo scientifico può raffigurare un presupposto di base per le decisioni legislative o giurisdizionali che necessitano di supporti tecnici ed provare ad essere una fonte da cui può nascere nuovo diritto.

Al riguardo i dati scientifici nei giudizi di merito, di natura sia penale sia civile che amministrativa, sono ampiamente utilizzati e si è avvertita

¹⁹² Sentenza del Tribunale di Vicenza, 27 gennaio 1990.

¹⁹³ A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, cit., p. 249.

la “tentazione di delegare alle scienze «certe» ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici”¹⁹⁴.

La Corte costituzionale italiana in merito ha messo un limite all'utilizzo della consulenza tecnica. Se, difatti, “la consulenza tecnica d'ufficio è strumento sovente indispensabile per l'esercizio della giurisdizione, quando bisogna attingere a conoscenze scientifiche per dirimere le controversie che il giudice è chiamato a decidere”¹⁹⁵, l'accertamento, per i suoi modi di svolgimento nella fattispecie concreta, sembrava «finalizzato alla rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione» uso spropositato della giurisdizione, per cui attraverso “l'anomalo esercizio dei poteri istruttori [...] ha determinato un'indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci”¹⁹⁶.

I riferimenti alla scienza possono fornire l'interpretazione del giudice o l'esercizio della discrezionalità politica del legislatore più sicuri ma allo stesso tempo non possono risolvere i casi di deresponsabilizzazione del giudice in quanto le risultanze della scienza non possono essere seguite acriticamente. In questa direzione è la sentenza della Corte costituzionale italiana, n. 282 del 26 giugno 2002, in cui si stabilisce in maniera inequivocabile il principio per cui, a meno che non siano di maggior rilievo altri diritti «non é, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche

¹⁹⁴ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotechnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., p. 1.

¹⁹⁵ Sentenza 121/1999.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia é costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia». Relativamente al diritto alla salute, prosegue la Corte, «il legislatore, statale o regionale che sia, potrà intervenire per dettare, ad esempio, regole legislative dirette a prescrivere procedure particolari per l'impiego di mezzi terapeutici *a rischio*, onde meglio garantire, anche eventualmente con il concorso di una pluralità di professionisti, l'adeguatezza delle scelte terapeutiche e l'osservanza delle cautele necessarie». Ma “un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali , a ciò deputati, dato *l'essenziale rilievo* che, a questi fini, rivestono «gli organi tecnico-scientifici»”¹⁹⁷.

Si può ritenere infine che la scienza e la deontologia non appartengano direttamente alle fonti del diritto ma, nel settore bioetico, acquistino un ruolo fondamentale se recepiti da leggi e sentenze, tanto da potersi

¹⁹⁷ *Ibidem.*

considerare quasi una fonte extra-giuridica che influenza comunque le scelte del legislatore e del giudice.

Necessario dunque per il biodiritto è il dialogo tra le varie componenti normative, “il quale si pone come risultato di un processo deliberativo che, al fine di assicurare un certo grado di certezza e garanzia, dovrebbe essere tendenzialmente plurale e aperto a diverse componenti normative, nessuna delle quali in sé autosufficiente”¹⁹⁸.

Un utilizzo esatto della tecnica del bilanciamento degli interessi ed la coerenza delle motivazioni dedotte potrebbe quindi permettere alle diverse corti di essere creatrici del diritto. I magistrati potrebbero assumere dunque una posizione più concreta e vicina ai singoli casi operando con cautela e allo stesso tempo riconoscendo i propri limiti tra cui quello della politicità del legislatore. Occorre difatti una procedura aperta e plurale per poter creare un biodiritto sostenibile.

La pluralità delle opinioni e dei livelli politico, legislativo, giurisdizionale, etico, deontologico, scientifico giocano un ruolo decisivo per il pluralismo dei valori e per la garanzia del diritto.

Il rispetto e la tutela della pluralità sono contrastati però dalla paura dello scivolamento in un relativismo di valori anche se il carattere relativistico è essenziale nella formazione di tutte le scelte rilevanti dello stato costituzionale¹⁹⁹.

Il biodiritto dovrebbe essere aperto e variabile così da mettere in relazione più componenti della società, della politica, della fede, della scienza, dell’etica, della deontologia, della scienza medica, del diritto. Si potrebbe giungere alla conclusione di un biodiritto legittimo solo laddove ci sia una effettiva formazione pluralista.

¹⁹⁸ Cfr. C. CASONATO, *op cit*, p. 125.

¹⁹⁹ Cfr. Ivi, p. 56.

3.3. I modelli a tendenza impositiva:: Stati Uniti, Inghilterra e Italia.

A partire dalla riflessione proposta dal giurista Carlo Casonato passiamo ora a scandagliare i modelli giuridici cosiddetti a *tendenza impositiva*. L'ordinamento degli Stati Uniti d'America rappresenta, forse più di altri, uno dei modelli a tendenza impositiva. “La Corte Suprema degli Stati Uniti ha da tempo individuato il *right to refuse medical treatment* che trova una tutela sia in ambito costituzionale, sia federale che statale, quanto a livello di *common law* e di *statutes*”²⁰⁰. Sulla cui scorta può essere esercitata la anche la possibilità di rifiutare trattamenti di idratazione e la nutrizione artificiali. Mentre: “caso in cui il soggetto non sia più capace d'intendere e volere risulta legittimo imporre un onere della prova del rifiuto particolarmente rigoroso”²⁰¹. Lungo questa linea nella quasi totalità degli Stati dell'unione sono stati introdotti i testamenti biologici, attraverso i quali rimettere nelle mani del soggetto interessato le decisioni da prendere in relazione ai trattamenti sanitari che potranno, o meno, essere praticati qualora il soggetto stesso si trovasse nell'incapacità di manifestare in maniera

²⁰⁰ Ivi, p. 110.

²⁰¹ *Ibidem*.

esplicita il proprio consenso²⁰². Si tratta, precisiamo, di uno strumento giuridico che consente esclusivamente il rifiuto delle cure e non il riconoscimento di una qualsiasi forma di eutanasia attiva. “Il diritto al rifiuto, in ogni caso, ha assunto un contenuto esclusivamente negativo, un *right to refuse* appunto, e la Corte Suprema federale non ha mai accettato di intenderlo in termini positivi, di *right to die*”²⁰³, il quale rimane vietato tutti gli Stati, tranne che per l’assistenza al suicidio in Oregon. Per tali motivazioni sembra troppo vincolante obbligare il medico a seguire sempre le dichiarazioni anticipate del paziente, di contro sembrerebbe più coerente che, in certe circostanze, ci sia una discrezionalità del sanitario volta esclusivamente a considerare eventuali modifiche dei presupposti psico-fisici o quelle derivanti da evoluzioni di tipo tecnologico che hanno condotto il soggetto a porre in essere una determinata scelta in via preventiva.

Nelle ragioni del caso *Vacco v. Quill*²⁰⁴, “la Corte Suprema ha rovesciato all’unanimità la sentenza della Corte federale d’appello ritenendo che la distinzione tra il lasciarsi morire rifiutando un trattamento, eutanasia passiva, e il provocare la morte, eutanasia attiva, sia fondata, logica e del tutto ragionevole”²⁰⁵.

I giudici hanno ritenuto legittima la legislazione impugnata in quanto rispettava il principio di eguaglianza e non erano contraria alla giurisprudenza in materia di *right to refuse*, inoltre la distinzione tra eutanasia diretta o indiretta, è rappresentata dal rischio legato al cosiddetto scivolamento negativo, che consiste nel fatto che “una volta

²⁰² Cfr. *Ibidem*.

²⁰³ Ivi, p. 112.

²⁰⁴ *Vacco, Attorney General of New York v. Quill*, 117 S. Ct. 2293 (1997).

²⁰⁵ C. CASONATO, *op. cit.*, p. 124.

riconosciuta la legittimità dell'eutanasia diretta in alcune delle sue forme, la pratica possa essere oggetto di abusi, oppure la società si «abituì» alle categorie eutanasiche tanto da ampliarne oltre misura la legittimità»²⁰⁶.

Sulla base di questa giurisprudenza, può quindi concludersi come l'ordinamento costituzionale statunitense possa essere collocato tra gli ordinamenti tendenzialmente impositivi tutelando il principio di autodeterminazione in via tendenziale.

Nel Regno Unito non sussiste una norma specifica sulla eutanasia attiva, che viene sussunta nella disciplina dell'omicidio comune o dell'assistenza al suicidio. L'Inghilterra, inoltre, in linea con la maggior parte degli ordinamenti considera i trattamenti di idratazione e nutrizione come terapie mediche. Il volere del paziente, anche incapace, viene individuato tramite un suo rappresentante legale senza che sia ritenuto di maggior pregnanza l'interesse dello Stato a prolungare la vita, considerando come inutile un prolungato accanimento terapeutico. Sugli elementi di prova della volontà del rifiuto la giurisprudenza inglese è meno rigorosa di quella statunitense ritenendo “validi, anche in assenza di dichiarazioni scritte, mezzi indiretti come testimonianze orali”²⁰⁷. Il *best interest* del paziente è l'oggetto di maggior considerazione²⁰⁸. “Anche l'Inghilterra, quindi, conosce un *right to refuse* che giunge a coprire anche cure *life-saving* ma che, al pari

²⁰⁶ Ivi, pp. 130-132.

²⁰⁷ Ivi, p. 135.

²⁰⁸ A. SANTOSUOSSO, *Aperture importanti e remore inspiegabili della Corte d'appello di Milano sul “caso E.E.”*, in «Bioetica», 2000, p. 66.

dell'ordinamento federale statunitense [...] non può invocarsi in materia di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio”²⁰⁹.

Passando al diritto costituzionale italiano, l'interesse pubblico al trattamento sanitario deve essere superiore al diritto al rifiuto del singolo e previsto per legge. L'ordinamento costituzionale italiano, quindi, non può farsi rientrare “nel modello impositivo *tout court*, in quanto l'individuo è titolare di un diritto costituzionale al rifiuto di ogni terapia, anche cosiddetta salva-vita, la cui obbligatorietà non sia individuata da uno specifico atto legislativo che deve rispettare nello specifico la persona umana”²¹⁰.

Questo accade “nonostante l'art. 5 del codice civile vieti gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica e dunque non si può quindi certamente parlare nemmeno in Italia di un generico dovere di curarsi o di mantenersi in salute ed il soggetto che non voglia essere sottoposto a trattamenti anche vitali risulta titolare di un preciso diritto costituzionale a che quei trattamenti non vengano iniziati o vengano interrotti”²¹¹.

Anche in Italia vige poi il divieto penale dell'omicidio del consenziente e dell'aiuto al suicidio, ma con delle peculiarità rispetto alla giurisprudenza statunitense e quella inglese.

La giurisprudenza non ha ancora stabilito se nutrizione e idratazione artificiali possano essere propriamente ritenute trattamenti sanitari o meno, sebbene la tendenza espressa da legge ancora in discussione

²⁰⁹ C. CASONATO, *op. cit.*, p. 140.

²¹⁰ Ivi, p. 142.

²¹¹ *Ibidem*.

considera tali trattamenti come terapie e dunque possibili di consenso o rifiuto. Su tali presupposti il sistema italiano sembra ,in misura minore rispetto ad altri ordinamenti, individuare il singolo come soggetto autonomo e responsabile, ponendosi in una posizione più vicina al modello impositivo.

In termini generali il modello a tendenza impositiva è caratterizzato da “una differente ed opposta disciplina giuridica dell’eutanasia passiva, conseguenza del diritto al rifiuto, rispetto a quella attiva diretta ed indiretta, essendo la prima oggetto di un diritto spesso di rango costituzionale, la seconda di un divieto assistito da sanzione penale”²¹².

3.4. Il modello a tendenza permissiva: Olanda, Belgio e Svizzera.

Quello che Casonato ha identificato con l’espressione modello a tendenza permissiva si fonda sul piano giuridico sul diritto a rifiutare le cure e sulla sostanziale non punibilità di prassi mediche che, a determinate condizioni, sono riconducibili a quella che definiamo condotta eutanasica. Esiste, in ogni caso, una possibilità di rendere obbligatori determinati trattamenti sanitari al fine di tutelare, da pericoli di contagio o per motivi legati alla salute mentale, la salute collettiva²¹³.

²¹² Ivi, p. 145.

²¹³ Ivi, p. 151.

La differenza sostanziale peraltro, “consiste in una protezione qualitativamente maggiore, anche se non assoluta, della libera determinazione della persona in relazione alle fasi finali della sua esistenza”²¹⁴. Il soggetto capace di intendere e volere viene considerato il centro di una libera e autonoma volontà e questo, in una certa misura, anche in riferimento alla volontà di porre fine alla propria vita²¹⁵. Il modello, che abbiamo definito a tendenza permissiva, è tale proprio in ragione della non punibilità del medico che pone in essere una condotta eutanasica. Ciò determina una sorta di affievolimento dell’interesse statale²¹⁶ alla preservazione della vita in termini generali e astratti, mentre è la volontà del soggetto che è posta in primo piano. Per assicurare poi che tale volontà sia autentica è imposto che non si colleghi a motivi futili o a stati depressivi e sono previsti una serie di requisiti sostanziali e procedurali²¹⁷. Si richiede una situazione clinica irrimediabilmente compromessa derivante da una malattia incurabile, o allo stadio terminale, “la presenza di sofferenze psico-fisiche insostenibili, l’inefficacia di trattamenti alternativi e di cure palliative, oltre che determinati requisiti di autenticità della richiesta, [...] capacità di intendere e volere o presenza di inequivocabili e non revocati, testamenti biologici o di tutori con un possibile intervento dirimente del giudice”²¹⁸, informazione completa e consenso consapevole e ripetuto, assenza di stati depressivi acuti, infine, un intervallo di tempo fra la richiesta e l’atto eutanasi che vedrà comunque il coinvolgimento, allo scopo di scongiurare abusi, “di uno psicologo e soprattutto di un

²¹⁴ *Ibidem.*

²¹⁵ Cfr. *Ibidem.*

²¹⁶ Cfr. Ivi, p. 153.

²¹⁷ Cfr. *Ibidem.*

²¹⁸ Ivi, p. 154.

medico terzo in grado di confermare la correttezza dell'intera procedura"²¹⁹. "Se nemmeno nel modello a tendenza permissiva, quindi, il soggetto dispone di un diritto a fare della propria vita ciò che vuole, l'elemento qualificante consiste in un superiore riconoscimento, a determinate condizioni, della sua volontà in materia di scelte di fine vita. L'interesse a terminare la propria esistenza, secondo forme ritenute personalmente dignitose"²²⁰, non prevale su quello statale alla preservazione della vita, ma con esso si combina. "In questo modello la facoltà di porre fine ad un'esistenza considerata non più dignitosa dipende non più dalla possibilità o meno di richiedere l'interruzione di trattamenti vitali ma da un principio di autodeterminazione [...] il quale risulta in linea con i valori liberali e personalistici"²²¹.

L'ordinamento olandese appartiene a tale tipo di modello difatti l'eutanasia passiva è prevista in termini di diritto costituzionale, grazie all'articolo 11 della Costituzione sul diritto alla inviolabilità della persona. Inoltre, una legge del 2001, in vigore dall'aprile 2002, sul controllo dell'interruzione volontaria della vita e dell'assistenza al suicidio, stabilisce "la non punibilità per il medico che pratici, nel rispetto di una serie di condizioni specificate, l'eutanasia attiva"²²².

²¹⁹ Cfr. *Ibidem*. Sono inoltre previsti "alcuni altri profili di cautela, di carattere procedurale o contenutistico come il rispetto scrupoloso dei criteri di accuratezza ed adeguatezza nello svolgimento dell'atto, la perdita di profitti economici da parte delle persone direttamente coinvolte, la possibilità da parte di qualsiasi medico di fare obiezione di coscienza, il controllo da parte di commissioni tecniche o del pubblico ministero del rispetto delle condizioni".

²²⁰ *Ivi*, p. 158.

²²¹ *Ibidem*.

²²² La legge olandese su "Controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio per cambiamento del codice di diritto penale e della legge sul trattamento dei cadaveri", del 10 aprile 2001, è riportata in italiano in *Bioetica*, 2001.

Tale legge è stata approvata dopo un percorso tutt'altro che semplice che ha visto il coinvolgimento di commissioni statali, organismi medici, parlamento e, naturalmente, l'opinione pubblica.

La legge sul controllo dell'interruzione volontaria della vita e dell'assistenza al suicidio approvata non riconosce “un diritto soggettivo all'eutanasia diretta o indiretta ma rende non punibile il medico che abbia praticato l'eutanasia alle condizioni previste. Si è intervenuti direttamente sul codice penale e sulla legge in materia di trattamento dei cadaveri”²²³, essendo stato desunto un «criterio di esclusione della pena» per i medici che, “in osservanza dei criteri previsti, praticino l'interruzione volontaria della vita di un paziente o ne assistano il suicidio”²²⁴.

“Le cautele e le procedure previste sono tese a circoscrivere l'esclusione della responsabilità del medico ai soli casi in cui sia provata l'autenticità della richiesta, di fronte ad una malattia in fase terminale che provochi sofferenze insopportabili nel paziente. In particolare, l'articolo 2 della legge condiziona la non punibilità al fatto che il medico:

- a. abbia la piena convinzione che la richiesta del paziente è spontanea e ben ponderata;
- b. abbia la piena convinzione che le sofferenze del paziente sono insopportabili e senza prospettiva di miglioramento;
- c. abbia informato il paziente sulla sua situazione clinica e sulle sue prospettive;

²²³ Cfr. C. CASONATO, *op. cit.*, p. 162.

²²⁴ *Ibidem*.

- d. sia giunto a convinzione, assieme al paziente, dell'inesistenza di una ragionevole alternativa circa la sua situazione;
- e. abbia consultato almeno un altro medico indipendente, il quale abbia visitato il paziente e abbia dato il suo parere scritto sul rispetto dei criteri di accuratezza dovuti in riferimento alle sezioni dalla a) fino alla d);
- f. abbia posto fine alla vita o assistito il suicidio in modo scrupoloso dal punto di vista medico”²²⁵.

Una ulteriore necessaria verifica del rispetto delle condizioni previste dalla legge è svolta dalle “Commissioni regionali di controllo per l'interruzione volontaria della vita e per l'aiuto al suicidio”²²⁶.

Nel maggio 2002, anche il Belgio ha incluso nel proprio diritto penale una clausola di esclusione della responsabilità del medico che pratici l'eutanasia anche attiva secondo i criteri e le procedure previste dalla legge. Le linee giuridiche generali di fondo seguono quelle della legge olandese, con diverse differenze, fra cui l'esclusione dei minorenni non

²²⁵ Ivi, pp. 160-161. Altri requisiti sono previsti dall'art. 2 nel caso in cui il paziente terminale sia minore.

²²⁶ “I componenti di tali organi, nominati dai ministri della giustizia, della salute pubblica e del benessere e lo sport, hanno il compito di esaminare i documenti redatti in occasione delle pratiche eutanasiche e, nel caso di mancato rispetto dei c.d. criteri di accuratezza dell'articolo 2 della legge, di inviare gli atti al pubblico ministero che potrà richiedere la condanna del medico fino ad un massimo di dodici anni di reclusione, art. 293 del codice penale. Il primo comma dell'art. 293, infatti, dispone: «Chi di proposito mette fine alla vita di un altro su sua espressa e seria richiesta viene condannato ad un periodo di detenzione non superiore ad anni dodici o a una pena pecuniaria della quinta categoria». Il secondo comma dello stesso articolo, inserito dalla legge del 2001 esclude invece la responsabilità penale nel caso di rispetto dei criteri indicati: «Il reato come previsto nel primo paragrafo non è punibile qualora sia stato commesso da un medico che ha soddisfatto i criteri di accuratezza, come previsto dall'articolo 2 della legge sull'eutanasia volontaria e sul suicidio assistito e che di questo informa il necroscopo comunale, come previsto dall'articolo 7 secondo paragrafo della legge sulla sepoltura e cremazione».

L'art. 294, invece, tratta dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio: «1. Chi intenzionalmente incita un'altra persona al suicidio, è punito, nel caso il suicidio si verifichi, ad un periodo di detenzione non superiore ai tre anni o a una pena pecuniaria di quarta categoria. 2. Chi intenzionalmente assiste nel suicidio un'altra persona o gliene procura i mezzi è punito, nel caso il suicidio si verifichi, ad un periodo di detenzione non superiore ai tre anni o ad una pena pecuniaria di quarta categoria. L'articolo 293 secondo paragrafo si applica conformemente»”. Ivi, pp. 165-166.

emancipati fra la categoria di soggetti su cui può praticarsi l'eutanasia attiva.

Altro caso è infine rappresentato da quello della Svizzera. L'art. 115 del codice penale svizzero punisce "l'istigazione e l'aiuto al suicidio solo se motivati da ragioni egoistiche"²²⁷. L'art. 115 del Codice penale svizzero stabilisce che: «Chiunque per motivi egoistici istiga alcuno al suicidio o gli presta aiuto è punito, se il suicidio è stato consumato o tentato, con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione».

In Svizzera, quindi, si è riconosciuta la legittimità dell'assistenza al suicidio se attuata per una morte ritenuta degna.

Su queste basi, l'Accademia svizzera delle scienze mediche ha individuato diversi presupposti obbligatori che non sono diversi da quelli delle altre legislazioni che appartengono al modello a tendenza permissiva²²⁸.

La somministrazione diretta in dosi letali di un farmaco a pazienti terminali anche in uno stato di grave sofferenza, peraltro, è considerato reato. Ma anche se l'art. 114 punisce con la detenzione «chiunque, per motivi onorevoli, segnatamente per pietà, cagiona la morte di una persona a sua seria e insistente richiesta», il dettame normativo non viene molto rispettato.

Conclusione

²²⁷ Ivi, p. 170.

²²⁸ Cfr. *Ibidem*.

La decisione di costruire un percorso analitico circoscritto, focalizzato in maniera determinante sulla dimensione strettamente giurisprudenziale applicata, muove da una duplice urgenza: da un lato la consapevolezza dell'ampiezza categoriale e concettuale dell'autodeterminazione – nella sua accezione specifica di principio ed in quella più ampia di orizzonte teorico e pratico -, dall'altro la volontà di ricondurre l'indagine nel perimetro giuridico del dettato costituzionale. Rispetto, perciò, alla vastità del tema, il presente lavoro rappresenta un tentativo di disegnare, entro confini ben delineati, le caratteristiche peculiari di uno specifico segmento analitico, all'interno del quale le categorie di autorità, sovranità e cittadinanza sono interpretate, e convergono, alla luce delle dinamiche giurisprudenziali mediate dalle sentenze della Corte Costituzionale e della Cassazione, finendo per assumere, in tal senso, forma applicata e significato concreto per mezzo della casistica giuridica. Proprio a partire dalla casistica e recuperando l'approccio costituzionale comparato proposto dal giurista Carlo Casonato, la ricerca circoscrive, inoltre, le coordinate generali di un piano di interconnessione tra prassi giuridica e riflessione bio-giuridica. Al centro di tale schema analitico è stata posta, pur nella consapevolezza di operare una limitazione rispetto all'articolazione complessa del principio di autodeterminazione, la Carta Costituzionale italiana e le procedure ermeneutico-giurisprudenziali che, a partire da casi concreti, lasciano emergere la rilevanza di talune sentenze rispetto alla determinazione «costituzionale» di uno spazio concreto di autodeterminazione. Lo spostamento dell'asse interpretativo verso la dimensione giuridico-operativa se da una parte ha determinato una

limitazione delle più specifiche prospettive di indagine teoretica, schiacciando, per certi versi, l'orizzonte complessivo dell'analisi, dall'altra una siffatta impostazione complessiva dell'intero impianto argomentativo ha finito per privilegiare quello che appare come l'orizzonte procedurale del percorso proposto incardinato sul momento operativo-documentativo ed istituzionalizzabile del principio di autodeterminazione. Una scelta metodologica di fondo, nell'impostazione generale del lavoro, che, dunque, ha finito col porre al centro la concretezza della prassi giuridica a partire dalla quale il principio di autodeterminazione è stato scandagliato. Il costante richiamo alle sentenze, che punteggia la riflessione, è servito perciò a sorreggere tale scelta metodologica nell'interrogazione giuridico-filosofica del principio di autodeterminazione.

Bibliografia

AA. VV., Progetto ADIUTOR.. L'amministratore di sostegno, vincoli, potenzialità e prospettive, Cesvot, Firenze, 2005.

ACCATTATIS V., L'impatto della legge 180 nell'ordinamento italiano, in P. CENDON (a cura di), Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Napoli, 1988.

ALPA G., Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico, in Vita. not., 2007.

ALPAG., Salute (diritto alla), in Novissimo Digesto Italiano Appendice, 1986.

ALTZEI R. - REALE G., Rassegna giurisprudenziale, in F. AIMERITO ET ALTRI, Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità, Giappichelli, Torino, 2008.

R. ATZEI - M. S. FICHERA, Il sistema normativo vigente. Principi generali, in F. AIMERITO ET ALTRI, Tutela, curatela e amministrazione di sostegno: la centralità della persona nell'approccio multidisciplinare alla fragilità Giappichelli, Torino, 2008.

ANDRINI M. C., L'autodeterminazione nella scelta e la pubblicità del provvedimento di istituzione dell'amministrazione di sostegno, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

ANDRONICO A., Falso movimento: il tempo post-secolare, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011.

ANDRONICO A., *Il regalo di Holden. Riflessioni sul dono e sulla cura*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010.

ANELLI F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004.

BASAGLIA F., *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Einaudi, Torino, 1968.

-- *La maggioranza deviante*, Einaudi, Torino, 1971.

--- *Che cos'è la psichiatria*, Einaudi, Torino, 1973.

BAZZICALUPO B., *Locke e il paradigma biopolitico*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005.

BATES P., *Responsabilità e protezione delle persone con disturbi mentali*, in FERRANDO G. e VISENTINI G. (a cura di), *Follia e diritto*, Giuffrè, Torino, 2003.

BIANCA C. M., *Per una radicale riforma del sofferente psichico*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

BONOLINI G. - GHIZZINI A., L'amministrazione di sostegno, CEDAM, II ed., Padova, 2007.

BONILINI G. - TOMMASEO F., Dell'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2008.

CABRAS P. ET ALTRI, Psichiatria clinica, ECIG, Genova, I ed, 1995.

CALO' E., Autonomia e autodeterminazione del beneficiario, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

--- Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio del 2004, n. 6, Giuffrè, Milano, 2004.

--- La nuova legge sull'amministrazione di sostegno, in Corriere giur., 2004.

--- Il testamento biologico tra diritto e anomia, in Letture Notarili n. 9, Collana diretta da G. LAURINI, IPSOA, 2008.

CAMPESE G., L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione, in Il Reo e il Folle, Edizioni Polistampa, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

CARBONE E., Libertà e protezione nella riforma dell'incapace d'agire, in Il Reo e il Folle, Edizioni Polistampa, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

CECCARELLI E., L'applicazione dell'art. 3, sesto comma, della legge 180/78 da parte del giudice tutelare, in P. CENDON (a cura di), Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

CENDON P., Il prezzo della follia. Lesione della salute e responsabilità civile, Il Mulino, Bologna, 1984.

--- Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

--- Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile, in Giurisprudenza Italiana, 1988.

--- La follia si addice ai convegni, in FERRANDO G. e VISENTINI G., (a cura di), Follia e diritto, Giuffrè, Torino, 2003.

--- I malati terminali e i loro diritti, Giuffrè, Milano, 2003.

--- Un nuovo diritto per i malati di mente, in Altalex 2004.

--- Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni, in G. FERRANDO (a cura di), L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli, Giuffrè, Milano, 2005.

--- Infermità di mente e diritto privato, in Legislazione sanitaria e status del malato di mente. XI Congresso internazionale di legge e psichiatria, edito da Giunta Regione Toscana, Firenze, 2005.

--- Amministrazione di sostegno: cosa, quando, come comunicare, in Altalex 2006.

--- 100 domande e risposte sull'amministrazione di sostegno. Guida pratica per le famiglie e gli operatori socio-sanitari, CESVOT, 2008, Firenze.

CHIARLONI S., Prime riflessioni su alcuni aspetti della disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno, in G. FERRANDO (a cura di), L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli, Giuffrè, Milano, 2005.

D'ATENA P., L'immagine della malattia e del malato mentale e la legge 180/78, Bulzoni, Roma, 1997.

DE CUPIS A., Il matrimonio dell'interdetto per infermità di mente, in Riv. dir. civ., 1983.

DE CUPIS A., Ancora sul matrimonio per infermità mentale, Riv. dir. civ., 1987.

DELLE MONACHE S., Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale, in Nuova giur. civ. commentata, II, 2004.

DELL'ORO A., Della tutela dei minori, Zanichelli, Bologna, 1979.

DE TILLA M., MILITERNI L., VERONESI U. (a cura di), Il testamento biologico. Verso una proposta di legge, Sperling e Kupfer, Milano, 2007.

DOVANI F., Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, in Riv. dir. proc., 2004.

FERRANDO G., Incapacità e consenso al trattamento medico, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

--- Il beneficiario, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

--- Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e direttive anticipate, in Famiglia e diritto, 2008.

FERRANDO G. e VISENTINI G. (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

FIGONE A., Nuove alternative alla tutela, in G. FERRANDO e G. VISINTINI (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

FOUCAULT M., Storia della follia nell'età classica, Rizzoli, VI ed., Milano, 2004.

FURGIUELE G., Il matrimonio dell'infermo di mente, in P. CENDON (a cura di), Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

GOFFMAN G., Asylum. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza, Einaudi, Torino, 2003.

HERNY B., Lessici dei diritti, pragmatica della tolleranza. Una parziale rilettura di un testo lockiano, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), La filosofia politica di Locke, Milano, 2005.

HERITIER H., Estetica della secolarizzazione, in L. Palazzani (a cura di), Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari, Roma, 2011.

JONAS H., Dalla fede antica all'uomo tecnologico, Bologna, 1991.

LISELLA G., Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali, in Rass. dir. civ., 1982.

--- Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su un'attesa innovazione legislativa, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

--- I poteri dell'amministratore di sostegno, in Il Reo e il Folle, Edizioni Polistampa, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

LONNI A., Pubblica sicurezza, sicurezza pubblica e malato di mente. La legge del 1904, in DE BERNARDI, ALBERTO (a cura di), Follia, psichiatria e società, Milano, 1982.

MALTESE D., Il "testamento biologico", in Riv. dir. civ., II, 2006.

MALAVASI B., L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo, in Notariato, 2004.

MANTOVANI F., Il problema della criminalità, CEDAM, Padova, 1984.

MARTINELLI P, Interdizione e amministrazione di sostegno, in G. FERRANDO (a cura di), L'amministrazione di sostegno. Una

nuova forma di protezione dei soggetti deboli, Giuffrè, Milano, 2005.

MECACCI L., Storia della psicologia del novecento, Laterza, Bari, 2005.

MENGONI L., Osservazioni generali, Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

MORO P., Un altro Barocco. Ordine giuridico e sovranità politica in epoca postmoderna, in L. Palazzani (a cura di), Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari, Roma 2011.

MORO P., Dignità umana e consenso all'atto medico, in F. Zanuso (a cura di), Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito bio-giuridico, Milano, 2009.

MORO P., I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza, Torino, 2004.

MORO P., Il diritto come processo, Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista, Milano, 2012.

MORO P., Fondamenti di retorica forense, Pordenone, 2004.

MURA V., Bobbio interprete di Locke e del giusnaturalismo moderno, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), La filosofia politica di Locke, Milano, 2005.

NAPOLI E. V., L'interdizione e l'inabilitazione, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

PANNAIN B., Considerazioni minime sull'interdizione, in Dir. giur., 1972.

PAPPALETTERE E. M., L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà, in Il Reo e il Folle, Edizioni Polistampa, Firenze, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

PARADISO M., L'amministrazione di sostegno (leggendo il quaderno di Famiglia), in Famiglia, I, 2005.

PATTI S. (a cura di), La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione, Giuffrè, Milano, 2002

--- La nuova misura di protezione, in G. FERRANDO (a cura di), L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli, Giuffrè, Milano, 2005.

--- L'amministrazione di sostegno: continuità e innovazione, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

--- Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione, in Famiglia persone e successioni, 2006.

PAZE' P., L'amministrazione di sostegno a confronto con i tradizionali istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, in FERRANDO G. e VISENTINI G. (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

--- L'amministrazione di sostegno, in *Il Reo e il Folle*, Firenze, Edizioni Polistampa, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

PERLINGERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.

--- Gli istituti di protezione e di promozione dell' infermo di mente. A proposito dell'handicappato psichico permanente, in *Rass. dir. civ.*, 1985.

PICCIONE R., *Manuale di psichiatria*, Bulzoni Editore, Roma, 1995.

PONTI G. - BOVIO L., *Un nuovo diritto per il malato di mente, o una nuova percezione della malattia mentale?*, in P. CENDON (a cura di) *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

PRIORE C., *L'attività autonoma del beneficiario*, in S. PATTI (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006.

REGIONE TOSCANA, <<I servizi per l'attuazione della legge sull'amministrazione di sostegno>>, 2007.

RESCIGNO P., *Introduzione*, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

ROMOLI T., Le invalidità nell'amministrazione di sostegno, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

ROPPO V.- DELLA CASA M., L'amministrazione di sostegno: gli atti compiuti in violazione di legge, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

RUSSO E. (a cura di), La protezione giuridica dell'insufficiente mentale, in Atti del Convegno su <<La condizione giuridica del cittadino handicappato psichico>>, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1990.

SALITO G., Il testamento biologico nell'ordinamento italiano e di altri paesi, Università Studi Salerno, Dipartimento Rapporti Civili ed Economici Nei sistemi Giuridici Contemporanei, Quaderni diretti da P. STANZIONE, Salerno, 2003.

--- Il testamento biologico: ipotesi applicative, in Notariato, 2004.

SALITO G. - MATERA P., Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio, in Notariato, 2004.

SALVI C., La responsabilità civile dell'infermo di mente, in P. CENDON (a cura di), Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

SASSI A., Equità e interessi fondamentali nel diritto privato, Università degli studi di Perugia, Perugia, 2006.

SIMONETTI G., Ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti normativi e sociologici. Il caso di Montelupo Fiorentino, tesi di laurea, Facoltà di giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze, 2003.

STANZIONE G. A., La persona disabile nella prospettiva comparatistica, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

STANZIONE G. A.- ZAMBRANO V. (a cura di), Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6, IPSOA, 2004.

TODESCAN F., Etiam si daremus - Studi sinfonici sul diritto naturale, Padova, 2003.

TODESCAN F., Itinerari critici dell'esperienza giuridica, Torino, 1991.

TODESCAN F., Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, Milano, 1983.

TONNIESA F., Una tipica espressione del pensiero moderno, in M. Mancini (a cura di), Interpretazioni novecentesche di Thomas Hobbes, Torino, 1999.

TOMMASEO F., Sui profili processuali dell'interdizione e dell'inabilitazione, in P. CENDON (a cura di), Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1988.

--- La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno, in S. PATTI (a cura di), L'amministrazione di sostegno, Giuffrè, Milano, 2005.

TRENTANOVI S., La protezione delle persone prive di autonomia. Rapporti tra amministrazione di sostegno e interdizione/inabilitazione. Ruolo del giudice tutelare: poteri e doveri. Problemi organizzativi, in *Il Reo e il Folle*, Firenze, Edizioni Polistampa, Anno IX/X - N. 24-25-26 - gennaio-dicembre 2004/gennaio-giugno 2005.

TRIA E. R., La protezione giuridica dell'incapace nell'esperienza spagnola, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

TRICOMI I., Così uno strumento giuridico flessibile introduce una graduazione nelle misure, in *il Sole-24 Ore*, n. 5, 7 febbraio 2004.

VENCHIARUTTI A., La protezione civilistica dell'incapace, Giuffrè, Milano, 1995.

--- La protezione civilistica del sofferente psichico, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), *Follia e diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

--- Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Giuffrè, Milano, 2005.

VERONESI U. (a cura di), Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi, Il Sole 24 ore-Fondazione Umberto Veronesi, Milano, 2005.

--- Il diritto di morire. Libertà del laico di fronte alla sofferenza, Mondadori, Milano, 2006.

VOCARUTO S., L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap, in Riv. not., III, 2004.

WILL M. R., La protezione del sofferente psichico nell'esperienza tedesca, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

VULLO E., Onere del patrocinio e procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, in Giur. It., 2005.

--- Ancora sull'onere del patrocinio nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, in Fam. dir., 2006.

ZATTI P., Oltre la capacità di intendere e volere, in FERRANDO G. e VISENTINI G, (a cura di), Follia e diritto, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

ZATTI P. COLUSSI V., Lineamenti di diritto privato, CEDAM, Padova, 1997.

ZANUSO F., Neminemlaedere – Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico, Padova, 2005.

ZANUSO F., Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno, Padova, 1993.

ZANUSO F., Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche, Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009.

ZANUSO F., L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche*.

– Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico, Milano, 2009.

ZANNI P., Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza, "Nuova giur. Civ. Comm.", 2000.